

 FGV DIREITO SP

# GUTA!


O CASO DO TÚNEL

Sofia Marcondes Desinano

— 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 GETÚLIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

SOFIA MARCONDES DESINANO

**O CASO DO TÚNEL:**

Uma análise dos limites do início da execução no crime tentado

SÃO PAULO  
2020

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

SOFIA MARCONDES DESINANO

**O CASO DO TÚNEL:**

Uma análise dos limites do início da execução no crime tentado

Dissertação apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Campo de conhecimento: Direito Penal.

Orientadora: Profa. Dra. Heloisa Estellita.

SÃO PAULO  
2020

SOFIA MARCONDES DESINANO

**O CASO DO TÚNEL:**

Uma análise dos limites do início da execução no crime tentado

Dissertação apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Campo de conhecimento: Direito Penal.

Orientadora: Profa. Dra. Heloisa Estellita.

**Data de aprovação:**

\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**Banca examinadora:**

\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Heloisa Estellita (Orientadora)

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Eduardo Viana

\_\_\_\_\_  
Felipe Longobardi Campana

## RESUMO

O presente trabalho é um estudo desenvolvido a partir do método estruturado de resolução de casos, o *Gutachtenstil*. A controvérsia presente na decisão do Superior Tribunal de Justiça trata-se da delimitação do início da execução no crime tentado, ou seja, da grande dificuldade de traçar um limite entre os atos preparatórios e executivos. Serão analisadas as inúmeras teorias que se propõem a solucionar essa questão, em busca daquela que forneça resultado mais preciso e coerente para resolver o caso prático. Assim, cada teoria será aplicada à narrativa do caso selecionado a fim de identificar seus limites. Finalmente, mediante comparação dos resultados obtidos, será proposta a solução teoricamente mais adequada ao caso. Uma vez proposta a solução final do problema jurídico, será elaborada uma análise crítica comparativa entre a conclusão alcançada por meio do *Gutachtenstil* e a decisão originalmente proferida pelo STJ.

**Palavras chave:** *Gutachtenstil* - Método Estruturado de Resolução de Casos - Crime Tentado - Início da Execução.

## ABSTRACT

This paper is a case study that aims to apply the structured case-solving method, *Gutachtenstil*, to a real ruling of the Brazilian Courts. The main controversy surrounding the selected case is concerning the determination of the beginning of an attempted crime, that is, the difficulty in drawing a line between preparatory and executive acts. The paper will shed light on a number of theories regarding this theme. At the same time, these theories will be tested and applied to the selected case. By comparing the results of each of these theories, one of them will be elected as the more appropriate solution to the case. Finally, there will be a critical analysis comparing the solution granted by the Gutachtenstil method and the ruling of the Brazilian Court.

**Keywords:** *Gutachtenstil* - Structured Case-Solving Method - The Beginning of an Attempted Crime

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2. METODOLOGIA</b> .....	<b>10</b>
<b>3. ANÁLISE ESTRUTURADA</b> .....	<b>12</b>
<b>3.1. NARRATIVA: O Caso do Túnel</b> .....	<b>12</b>
<b>3.2. ESQUEMA SIMPLIFICADO DE RESOLUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>3.3. SOLUÇÃO COMPLETA</b> .....	<b>14</b>
<b>A. ANÁLISE PRÉVIA: Furto consumado: Art. 155 (-)</b> .....	<b>14</b>
<b>a) TIPICIDADE (-)</b> .....	<b>14</b>
aa) Tipo objetivo (-).....	14
<b>B. FURTO TENTADO: Arts. 155 e 14, II do CP</b> .....	<b>14</b>
<b>a) TIPICIDADE (-)</b> .....	<b>14</b>
aa) TIPO SUBJETIVO (+) .....	14
bb) TIPO OBJETIVO (-).....	16
bba) INÍCIO DA EXECUÇÃO (-).....	16
I. A TEORIA NEGATIVA .....	17
<i>I. i. A SUBSUNÇÃO A PARTIR DA TEORIA NEGATIVA</i> .....	19
II. TEORIA SUBJETIVA PURA .....	19
<i>II.i. A SUBSUNÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA SUBJETIVA PURA</i> .....	22
III. TEORIAS OBJETIVAS.....	24
<i>III.A. TEORIA OBJETIVA-FORMAL</i> .....	24
<i>III.A.I. A SUBSUNÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA OBJETIVO-FORMAL</i> .....	28
<i>III.B. TEORIA MATERIAL-OBJETIVA</i> .....	29
<i>III.B.I. A SUBSUNÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA OBJETIVO-MATE-</i> <i>RIAL</i> .....	34
IV. TEORIA OBJETIVO-INDIVIDUAL OU OBJETIVO-SUBJETIVA.....	35
<i>IV.I. A SUBSUNÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA</i> .....	40
V. CONCLUSÃO QUANTO AO INÍCIO DA EXECUÇÃO .....	43
bbb. INEXISTÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL (+).....	44



<b>b. ANTIJURIDICIDADE (+) .....</b>	<b>45</b>
<b>c. CULPABILIDADE (+).....</b>	<b>45</b>
<b>4. CONCLUSÃO: ANÁLISE COMPARATIVA DA DECISÃO DO STJ .....</b>	<b>46</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>49</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é um estudo de caso desenvolvido a partir do acórdão proferido pelo STJ no Recurso Especial de número 1.252.770/RS<sup>1</sup>. A fim de solucioná-lo, será utilizado o método estruturado de resolução de casos (Gutachtenstil), que possibilitará uma análise completa e aprofundada do direito em debate.

A narrativa trata de uma possível tentativa de furto. Interrompidos antes de poderem completar sua empreitada, um grupo de pessoas pretendia invadir e assaltar um dos cofres da instituição bancária Banrisul por meio de um túnel. A pergunta central trata da punibilidade dos membros do grupo pelo crime de furto na modalidade tentada. Assim, o trabalho trará à tona as diversas teorias da tentativa, buscando entendê-las, bem como sua aplicação ao caso concreto.

O tema da tentativa é de extrema complexidade, referido, muitas vezes, como o problema de maior complexidade do mundo penal<sup>2</sup>. Apesar disso, pouco se debruçou a doutrina brasileira sobre o assunto, deixando um vácuo quanto a parâmetros de aplicação da lei e uma situação de extrema insegurança jurídica.

O Código Penal Brasileiro tipifica o crime tentado em seu art. 14, II: “Diz-se o crime: (...) II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. O critério determinado por lei, contudo, é vago. Dele é possível extrair apenas que a tentativa ocorre quando não há a consumação de determinado tipo penal por vontade alheia, porém se *inicia a execução do tipo*.

A descrição de nosso art. 14, II, refere-se ao caminho de realização da ação delitiva, o *iter criminis*. No crime, como em todo o ato humano, a ideia precede a ação. O *iter criminis* é constituído, assim, primeiro pelas fases do pensamento humano (cogitação e preparação), e, então, pelas fases externas (início da execução e produção do resultado)<sup>3</sup>. Durante a fase unicamente

---

<sup>1</sup> STJ. Recurso especial: REsp 1.252.770 RS 2011/0107213-8. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 24/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, DP: DJe 26/03/2015.

<sup>2</sup> ALVARADO, Yesid Reyes. **El Delito de Tentativa**. Buenos Aires: B de F, 2016, p. 4.

<sup>3</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 373.

mental, não existe um ato e muito menos um ato típico e antijurídico, sendo irrelevante ao direito penal. Quando, entretanto, o autor passa a externalizar seus atos criminosos, a lei deve incidir<sup>4</sup>.

Embora a lei tenha a pretensão de punir as ações executivas, ela falha ao não indicar critérios precisos que permitam distinguir atos preparatórios dos executivos. Tal óbice não é particular da legislação brasileira, foram inúmeros os esforços de doutrinadores do mundo todo em traçar o limite do início da execução.

Diante deste cenário, o presente trabalho busca tocar no cerne da questão envolvendo o crime tentado. O assunto será enfrentado por meio do método estruturado de resolução de casos, justamente com o objetivo de seguir um parâmetro analítico rigoroso, que invocará um debate crítico entre as várias teorias da tentativa com o fim de encontrar seus limites e, porventura, encontrar uma resposta mais adequada para o caso.

Ao concluir, não perderemos a oportunidade de retornar à decisão proferida pelo STJ. A partir dos debates e conclusões alcançados por meio do método de resolução de casos, finalmente será traçada uma análise crítica referente à fundamentação feita pelo Tribunal. Afinal, principalmente em se tratando do Direito Penal, a consistência das decisões do poder judiciário é de extrema importância para a proteção dos direitos e garantias individuais.

---

<sup>4</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte General: Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 155.

## 2. METODOLOGIA

Trata-se de um trabalho de cunho teórico, que consistirá em um estudo de caso. O Direito é uma ciência que objetiva resolver conflitos práticos da vida em sociedade<sup>5</sup>. Neste sentido, a escolha por um processo que combina a teoria com sua aplicação prática, decorre desta noção.

O método selecionado para o estudo é o *Gutachtenstil* —traduzido para o português como método estruturado de resolução de casos—, o qual pressupõe a subsunção e a exaustividade<sup>6</sup>. A análise tem início pela formulação de uma pergunta guia, no presente caso: "'A' é punível nos termos do Código Penal Brasileiro?". Partindo desta questão, desdobram-se outras tantas perguntas, cada vez mais específicas: "'A' é punível pelo crime de furto tentado?", "As ações de 'A' cumprem ao requisito da tipicidade objetiva do furto tentado?".

As subperguntas devem ser elaboradas de acordo com quatro máximas, a serem atendidas rigorosamente. A máxima da *severidade* determina que a análise deve sempre ser iniciada pelo tipo penal mais gravoso, como o homicídio antes da calúnia. A segunda máxima, aquela da *relevância*, designa que devem ser apenas analisados os problemas que ainda não foram solucionados. A terceira máxima é a da *alternatividade*, que indica que deve-se iniciar a resolução pela alternativa que será primeiro afastada. E, por fim, a máxima da *fecundidade* insiste que seja adotada uma estrutura de análise capaz de abarcar o maior número de problemas jurídicos possível<sup>7</sup>.

Estas máximas permitirão tanto a formulação quanto a resolução das subperguntas de forma a traçar uma resposta rigorosa à pergunta principal. Para cada pergunta será realizado um exame cuidadoso de todos os elementos do tipo. Com efeito, para solucionar o caso proposto, será percorrida de maneira extensa toda a teoria do delito<sup>8</sup>.

O caso eleito por este estudo abrange como tema de maior controvérsia o debate referente à tipicidade objetiva dos crimes tentados. Com o fim de precisar o momento em que se inicia a

---

<sup>5</sup> GHIRARDI, José Garcez; PALMA, Juliana Bonacorsi de; VIANA, Manuela Trindade. Posso fazer um trabalho inteiro sobre um caso específico? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

<sup>6</sup> GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa. **A prática da teoria do delito: a Parte Geral do Direito Penal segundo o método estruturado de resolução casos (*Gutachtenstil*)**. [s.l: s.n], 2019.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Idem*.

execução do crime de furto, o apontamento do limite entre atos preparatórios e executivos será o centro da discussão neste trabalho. Para esse fim foi reservado grande número das páginas a seguir.

Vale também notar, como será apontado em momento oportuno, que a narrativa do caso original (STJ— REsp. 1.252.770) foi adaptada para possibilitar uma análise mais aprofundada da punibilidade do agente. No caso original, não apenas havia maior número de réus, cada um exercendo um papel específico do plano delitivo, como também havia acusações de outras práticas criminosas além do furto tentado, como o crime de formação de quadrilha e até lavagem de capitais. Em busca uma análise pormenorizada da controvérsia acerca da tentativa, portanto, o caso foi simplificado.

O método estruturado de resolução de casos também exige uma conclusão crítica da análise decorrente da pergunta principal. Como o presente estudo trata da simplificação de um caso real apreciado pelo STJ, vale explorar uma comparação entre a resposta obtida pela aplicação do método e aquela proferida pelo órgão julgador. Esta análise comparativa será oferecida ao final do presente trabalho.

### 3. ANÁLISE ESTRUTURADA

#### 3.1. NARRATIVA: O Caso do Túnel

"A"<sup>9</sup>, com o fim de tomar posse de cédulas de dinheiro e títulos guardados em cofres da agência bancária Banrisul, recrutou 5 pessoas para ajudá-lo. Se reuniram no período de abril a setembro de 2006 para planejar os pormenores da empreitada. Como planejado, "A" adquiriu um imóvel no centro de Porto Alegre e ali iniciou a escavação de um túnel que chegaria ao caixa-forte da instituição financeira. A escavação do túnel atingiu o comprimento de 70,30 metros. Quando restavam 12,80 metros para o ponto que permitiria acesso aos valores, estando concluídos 85% da escavação necessária para acessar os bens, "A" e seus comparsas foram interrompidos e presos em flagrante, cessando a empreitada.

“A” é punível por tentativa de furto?

---

<sup>9</sup> No caso real, a denúncia oferecida pelo Ministério Público acusa 33 réus pelo crime de tentativa de furto, bem como por formação de quadrilha e lavagem de capitais. O trabalho faz um recorte, em primeiro lugar, referente ao próprio crime. Como interessa aqui a discussão do limite da tentativa, serão ignorados outros crimes mencionados na denúncia. O segundo recorte é tangente ao número de réus envolvidos no crime. Novamente, o interesse é desencadear debate acerca do início da execução de um crime, assim, em nada altera reduzir o número de participantes da empreitada. Por fim, muito embora estejam envolvidos 6 agentes na narrativa adaptada, apenas será analisada a punibilidade de “A”. Consideraremos que todos os 6 envolvidos, coautores, tiveram a mesma participação no desenrolar do caso, portanto, é suficiente analisar a punibilidade de apenas um (“A”) como representante dos demais (art. 29 do Código Penal Brasileiro).

### 3.2. ESQUEMA SIMPLIFICADO DE RESOLUÇÃO

A. Análise prévia: Furto Consumado

a) Tipicidade

aa) Tipo Objetivo

B. Furto Tentado

a) Tipicidade

aa) Tipo Subjetivo

bb) Tipo Objetivo

bb) Início da execução

I. Teoria Negativa

II. Teoria Subjetiva Pura

III. Teorias Objetivas

III.A. Teoria Objetivo-Formal

III.B. Teoria Objetivo-Material

IV. Teoria Objetivo-Subjetiva

V. Conclusão Parcial

bbb) Inexistência de crime impossível

b) Antijuridicidade

c) Culpabilidade

### 3.3. SOLUÇÃO COMPLETA

#### A. ANÁLISE PRÉVIA: Furto consumado: Art. 155 (-)

##### a) TIPICIDADE (-)

##### aa) TIPO OBJETIVO (-)

Na hipótese em que se suspeite de um crime tentado, é necessário partir de uma pré-análise a fim de garantir que não houve de fato consumação<sup>10</sup>. Logo conclui pela impossibilidade de se imputar às ações de "A" o crime de furto consumado. Nos termos do art. 155 do Código Penal Brasileiro, a conduta deve alcançar um resultado, qual seja a subtração de coisa alheia móvel. No caso em questão, é incontroverso o fato de que não houve a subtração de qualquer bem do caixa-forte, pois a empreitada foi interrompida antes mesmo de "A" adentrar a instituição bancária. Neste sentido, caracteriza-se a ausência de resultado para fins do crime de furto. Conclui-se pela inexistência de tipicidade objetiva do crime consumado.

#### B. FURTO TENTADO: Arts. 155 e 14, II do CP

##### a) TIPICIDADE (-)

##### aa) TIPO SUBJETIVO (+)

Tratando-se de um crime tentado, o exame do tipo subjetivo é primordial. Como a tentativa não produz resultado, não estará sempre claro qual tipo penal o agente pretendia praticar. Assim, faz-se necessário logo de início percorrer o plano do autor para que possa seguir com a análise do início da execução. Neste sentido, ao contrário do crime consumado, o método estruturado propõe que a análise do caso tenha início pelo exame do aspecto subjetivo<sup>11</sup>.

De acordo com o método, esta análise deve passar por todos os elementos do tipo objetivo —resultado, conduta, causalidade e imputação objetiva—, contudo, sob a perspectiva subjetiva,

---

<sup>10</sup> GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa. **A prática da teoria do delito**: a Parte Geral do Direito Penal segundo o método estruturado de resolução casos (*Gutachtenstil*). [s.l: s.n], 2019.

<sup>11</sup> GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa. **A prática da teoria do delito**: a Parte Geral do Direito Penal segundo o método estruturado de resolução casos (*Gutachtenstil*). [s.l: s.n], 2019.



identificando o dolo do autor referente a cada elemento<sup>12</sup>. Não há dolo *de* tentativa, e sim dolo *na* tentativa<sup>13</sup>. Portanto, faremos aqui o mesmo exercício utilizado para analisar o delito doloso consumado<sup>14</sup>.

No Caso do Túnel, o plano do autor é claro: conhecimento e vontade de subtrair coisas alheias do caixa-forte do banco. Para este fim, "A" não mede esforços. Recruta outras 5 pessoas para ajudá-lo, planeja por meses cada detalhe da empreitada, adquire imóvel nas redondezas do banco, e inicia a escavação de um túnel que deveria terminar já no interior do banco. Portanto, "A" claramente tem a intenção de consumir o resultado do crime de furto: a subtração de coisa alheia móvel.

Identifica-se o dolo também quanto à conduta de escavar o túnel que dará acesso aos cofres bancários, sendo possível estabelecer o nexos causal entre a conduta do autor e a esperada subtração dos bens do banco.

Quanto à imputação objetiva do resultado, é também certa a intenção de "A" quanto à criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização desse risco no resultado<sup>15</sup>. "A" não apenas sabia como desejava a criação de um risco ao patrimônio do Bansirul, um risco diretamente proibido pelo art. 155 do CP. "A" empregou esforços na criação deste risco, portanto, sob o aspecto subjetivo, cumpre o primeiro requisito da imputação objetiva. Quanto ao segundo requisito, também está satisfeito, afinal, o autor esperava claramente a realização deste risco proibido por meio da consumação, ou seja, pelo resultado do furto.

Em suma, o plano do autor resta demonstrado tendo sido identificado seu dolo (conhecimento e vontade) quanto a cada elemento do tipo de furto consumado.

---

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Volume II, Tomo II. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 523.

<sup>14</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte General: Fundamento y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 866.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 38, 2002. p. 11.

## **bb) TIPO OBJETIVO (-)**

### ***bba) INÍCIO DA EXECUÇÃO (-)***

O tipo objetivo da tentativa é o que gera o debate de maior relevância para a presente narrativa: como delimitar o início da execução? Consonante com o art. 14, II do CP, "Diz-se o crime tentado, quando, **iniciada a execução**, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente"<sup>16</sup>.

O início da execução é designado como o primeiro momento punível do *iter criminis*, deixando impunes os atos anteriores, de mera cogitação e preparação. Para dar continuidade à solução do Caso do Túnel, faz-se necessário identificar justamente o limite do início da execução com a finalidade de concluir se houve ou não tentativa. Se a conduta do autor for tida como preparatória, "A" não é punível. Se, por outro lado, suas ações forem consideradas executivas, "A" será punível.

No Caso do Túnel, o crime imputado a "A" é o de furto. Lê-se no texto da lei: "Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, *coisa alheia móvel*"<sup>17</sup>. Com base na narrativa inicial, não restam dúvidas de que os bens ali visados constituem coisas alheias móveis. Os ativos são objetos corpóreos, portanto *coisas*. São de propriedade do Banrisul, logo *coisas alheias*. E, por fim, os ativos podem ser transportados a outro lugar, sendo assim, *móveis*.

Dada a presença dos pré-requisitos do crime de furto, resta identificar se as ações de "A" configuram a modalidade tentada do tipo. Fato é que "A" fora impedido de consumir seu plano. Isso ocorreu a 12,80 metros da instituição bancária. Cumpre, pois, analisar qual o momento em que se deve considerar iniciada a tentativa do crime - a *subtração*-, e se o momento em que "A" e seus comparsas foram flagrados se insere nesta moldura.

A resposta, como já adiantado, não é simples. A diferença entre um ato executivo e um ato preparatório não se refere a uma mudança *qualitativa* da conduta do autor, mas sim a uma mudança

---

<sup>16</sup> RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12/01/20.

<sup>17</sup> RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12/01/20.

*quantitativa*<sup>18</sup>. O ato de execução é apenas mais um passo dado pelo indivíduo em sua trajetória delitiva. Não à toa, estabelecer com precisão o limite da separação entre atos de preparação e execução é uma das tarefas mais difíceis do Direito Penal<sup>19</sup>.

Por esta razão, são inúmeros os esforços alocados para a produção de critérios que permitam estabelecer uma linha divisória concreta entre os atos preparatórios e executivos. Dentre eles, os mais importantes serão adiante examinados: **I.** A teoria negativa; **II.** A teoria subjetiva pura; **III.** As teorias objetivas; **III.A.** A teoria objetivo-formal; **III.B.** A teoria objetivo-material; e **IV.** A teoria objetivo-subjetiva. Ao fim de cada explicação, a fórmula será aplicada ao Caso do Túnel, com o objetivo de responder à pergunta guia referente à punibilidade do autor. Após cuidadosa análise de todas as teorias, finalmente, será apontada a teoria mais adequada, propondo o resultado final acerca da punibilidade de A.

## **I. A TEORIA NEGATIVA**

Como o próprio nome sugere, a *teoria negativa* reconhece como utópica a possibilidade de traçar uma linha divisória entre atos preparatórios e executivos<sup>20</sup>. À luz da imensa dificuldade de determinar com precisão e concretude o ato que daria início à execução do tipo penal, os defensores da *teoria negativa* entendem que a norma geral não deve tratar de delimitar este tema. Esta seria uma tarefa impossível de se impor ao legislador.

Não significa, entretanto, que a tentativa deva permanecer impune. Muito pelo contrário, os defensores das *teoria negativa* propõem que a ausência de distinção entre atos preparatórios e executivos equipare a punibilidade da tentativa à punibilidade do crime consumado<sup>21</sup>. Como explica Busato, a teoria surgiu em um contexto de positivismo científico, no qual a prioridade antes

---

<sup>18</sup> TREPAT, Elena Farré. Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. 13, [s.l.], 1990, p. 45.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018, v. 3, p. 630.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.667.

mesmo de determinar o momento do início da execução, era garantir a punibilidade do autor quando detectada sua vontade delitiva<sup>22</sup>.

Por negarem a existência de uma distinção legal entre atos preparatórios e executivos, sugerem, por conseguinte, que a análise quanto à punibilidade do ato parta do magistrado no caso a caso<sup>23</sup>. Ou seja, viria da discricionariedade de cada juiz a identificação do início da execução de um crime e, portanto, a necessidade de punir o agente.

Não é de se espantar que a *teoria negativa* tenha gerado assídua oposição. Ora, a falta de parâmetros legais “implica [em] nada menos do que a lei entregar ao juiz um problema de limite de tipicidade, sem dar a ele qualquer orientação”<sup>24</sup>. Em outras palavras, tal fórmula da tentativa é afronta ao fundamental princípio da legalidade.

Ao tratar da punibilidade do crime tentado, o princípio da legalidade ganha especial relevância, pois pune-se uma ação que, em si, não é típica. O ato de apontar a arma para alguém não se subsume à conduta de “matar alguém”, ou mesmo adentrar um domicílio não pode ser tratado como “subtração de coisa alheia móvel”. Por isso mesmo é tão relevante delimitar da maneira mais concreta possível o único critério objetivo fornecido pelo art. 14 do Código Penal. Afinal, perante a lei brasileira, a ausência de distinção levaria a uma situação de atipicidade de qualquer tentativa<sup>25</sup>. E se assim fosse, já que em caso de dúvida não se pune, todos os atos seriam considerados preparatórios e não seriam punidos.

Como se não bastasse o perigo jurídico causado pela ausência de separação entre atos preparatórios e executivos sugerida pela *teoria negativa*, desastrosa pode ser a consequência de entregar ao magistrado a completa discricionariedade para tratar deste tema. Diante da ausência de qualquer parâmetro, cada juiz irá propor sua própria concepção do caso concreto, sem qualquer garantia de atenção à coerência e à segurança jurídica.

---

<sup>22</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018, v. 3, p. 630.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.667.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, et al. **Direito Penal Brasileiro: Volume II, Tomo II**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 527.

Por fim, é importante ter claro que a teoria negativa não se encontra acolhida no ordenamento jurídico brasileiro<sup>26</sup>. Qualquer tese que rejeite a existência de um limite entre a fase preparatória e executiva do crime afronta diretamente os arts. 14 e 31 do CP, os quais dispõem sobre a punibilidade de condutas como tentativa apenas a partir do início de sua execução, e não enquanto em fase preparatória. O próprio Código nacional, portanto, impõe tal distinção.

### ***I. i. A SUBSUNÇÃO A PARTIR DA TEORIA NEGATIVA***

Para o Caso do Túnel, pelo fato de a teoria negar a possibilidade de distinguir os atos preparatórios dos executivos, não haveria razão para fazer a subsunção do fato à norma pelo simples motivo de que a própria lei designaria ao judiciário a função de determinar o início da execução. Com efeito, qualquer decisão proferida pelo magistrado estaria de acordo com a presente teoria.

A lei brasileira estabeleceu no art. 14, II do CP, contudo, um mecanismo de defesa contra a inobservância do princípio da legalidade para os casos de crime tentado. O Código exige a identificação do início da execução como requisito para a punibilidade<sup>27</sup>. Se abstrairmos o fato de que lidamos com a legislação brasileira, por um segundo, e aplicarmos friamente a fórmula, concluiremos que o magistrado decidirá como bem entender. Assim, "A" pode ou não ser considerado punível.

Conclusão: "A" pode ou não ser punível pelo crime de furto tentado.

## **II. TEORIA SUBJETIVA PURA**

Outra teoria de relevância é a chamada *teoria subjetiva pura*. Seus adeptos defendem que a separação entre os atos preparatórios e os de execução reside na *vontade* do autor, ou seja, no

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 527.

<sup>27</sup> RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei no 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12/01/20.

dolo<sup>28</sup>. Assim, o mero ato de exteriorizar a vontade de cometimento de uma ação criminosa, seria suficiente para dar início à execução, ensejando a punibilidade por tentativa criminosa<sup>29</sup>.

Ilustrativamente, seria considerada tentativa de homicídio a situação em que "X", após sofrer agressão de "Y", vai até sua casa buscar um revólver para então esperar o agressor passar por seu caminho habitual, mesmo que "X", por acaso, não passasse por aquela rua<sup>30</sup>.

No exemplo dado por Greco, os atos de buscar uma arma e, em seguida, colocar-se à espera do agressor seriam considerados inequívocos da demonstração do dolo do autor. Por esta razão, mesmo que o alvo do homicídio não passe pela rota habitual —em outras palavras, mesmo que se trate de um crime impossível<sup>31</sup> (art. 17 do CP)—, aquele que detém a vontade de matar já seria punível pelo crime na modalidade tentada.

Constata-se, contudo, que a presente teoria fere o princípio da legalidade como faz a *teoria negativa*, o que não é mera coincidência. Como tratado pela subseção anterior, a premissa da *teoria negativa* é a impossibilidade de distinção entre atos preparatórios e atos de execução. Ao mesmo tempo, tampouco a teoria subjetiva pura permite entender esse limite<sup>32</sup>. Sabe-se, que a intenção de cometer o delito se encontra presente de igual maneira em todas as etapas do *iter criminis*, desde a cogitação até o próprio exaurimento. Neste sentido, a vontade jamais poderá ser utilizada como divisor de águas, afinal, é um elemento comum entre os atos preparatórios e os atos de execução.

Explicam Zaffaroni e Pierangelli que, na realidade, "*a teoria negativista é uma teoria subjetiva pura*"<sup>33</sup>, uma vez que esta última antecipa a punibilidade de qualquer ato que manifeste a vontade do agente, acabando por negar a existência de um limite entre preparação e execução.

---

<sup>28</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018, v. 3, p. 631.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2018, p. 359.

<sup>31</sup> O tema que envolve a tentativa em crime impossível será tratado brevemente no *item b.b.b.* do presente estudo.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General: Tomo II**. Madrid: Civitas, 2014, p. 446.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 45.

Consequência lógica da falta de um limite claro, é a extensão da punibilidade da tentativa<sup>34</sup>. As teorias subjetivas permitem punir por tentativa qualquer ato em que se demonstre a vontade do autor, independente de sua distância da consumação<sup>35</sup>. A aplicação de tal teoria resultaria desastrosa no plano concreto, possibilitando uma condenação por tentativa de condutas inidôneas ou até mesmo de delitos putativos por erro, como é o caso de uma mulher que ingere abortivo imaginando estar grávida quando, de fato, não está.<sup>36</sup> Por isso, a teoria fora abandonada<sup>37</sup>.

Ante tais críticas, juristas italianos positivaram em seu Código Penal interessante limitação à *teoria subjetiva pura*. Perceberam o erro de eleger o critério individual como determinante do início da execução do crime e, diante da necessidade de um critério mais claro, adotaram os benefícios do olhar de um terceiro, ou um *observador supra-individual*<sup>38</sup>. O art. 56 do Código Penal Italiano fala em *univocidade* ou *inequívocidade* dos atos. Assim, seria considerada tentativa a conduta de um agente que seja percebida por um terceiro como *inequívoca* de sua vontade delitiva<sup>39</sup>. Em contrapartida, os atos *equivocos* seriam considerados como meramente preparatórios, uma vez que não transparecem a intenção do autor<sup>40</sup>.

A situação de um motorista de caminhão que pretende exportar suas mercadorias de maneira delitiva não será considerada tentativa, pois aos olhos de um terceiro, o transporte de mercadorias pela estrada é um ato neutro, que poderia ser executado por qualquer outro caminhoneiro. Já, tratando-se da ação de esconder capital proveniente de contrabando em um compartimento de veículo que atravessará uma fronteira, será tido como fato de demonstração *inequívoca* da vontade delitiva do autor<sup>41</sup>.

---

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 446.

<sup>35</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Volume II, Tomo II. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 526.

<sup>36</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 631.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa**: Doutrina e Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 45.

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 496.

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa**: Doutrina e Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 45-46.

<sup>41</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 496.

Apesar dos esforços para delimitar um critério mais preciso, esta dissidência da *teoria subjetiva pura* é também alvo de críticas pertinentes. O primeiro problema detectado é de natureza processual. Afinal, a introdução de um terceiro observador se refere a uma questão *probatória*, em detrimento da análise da própria estrutura do crime tentado<sup>42</sup>.

O aspecto inequívoco do ato e o início da execução do crime são conceitos distintos<sup>43</sup>, dado que é possível que haja um ato inequívoco da vontade do autor em momento outro que o do início da execução de determinado crime. Caímos, portanto, no mesmo problema, a amplitude de punibilidade da norma. Ora, atos unívocos podem ocorrer sendo eles meramente preparatórios ou já executivos. Como a teoria prega a conexão direta da tentativa criminosa com tal ação inequívoca, ocorre que na prática serão punidos tanto atos de preparação como de execução.

O debate quanto à consistência da *teoria subjetiva pura* é, portanto, diminuto nos dias de hoje. Parece evidente que apenas o uso da vontade do agente, mesmo que limitada por uma ação inequívoca, não se sustenta como fator determinante para estabelecer o que seriam atos de preparação e de execução. Mesmo assim, para fim de comparações futuras, há um grande mérito nesta teoria: a inserção do dolo, do aspecto subjetivo, na composição determinativa do ponto de início da execução.

## ***II.i. A SUBSUNÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA SUBJETIVA PURA***

Nos termos estabelecidos pela *teoria subjetiva pura*, a mera exteriorização da vontade delitiva bastaria para uma condenação por tentativa. Se assim for, no Caso do Túnel, a punibilidade de "A" é certa desde momentos muito anteriores à escavação do túnel, quanto mais a concretização de quase sua totalidade. Afinal, a vontade do autor de furtar os ativos pertencentes ao Banrisul é manifesta desde as reuniões iniciais entre "A" e seus comparsas, podendo ser identificada até mesmo no momento do recrutamento dos coautores.

---

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa**: Doutrina e Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 46.

<sup>43</sup> *Idem*.



Em conformidade com a teoria subjetiva pura, "A" é punível por tentativa de furto.

Entretanto, o próprio esforço de resolução deste caso a partir da *teoria subjetiva pura* denuncia seus limites. Diante da existência da vontade delitiva durante todo o *iter criminis*, incluindo os atos preparatórios, a subjetividade pura deixa de ser um critério relevante. Este problema teórico fica estampado na dificuldade em determinar qual o momento da narrativa do Caso do Túnel no qual a vontade de "A" é exteriorizada. O recrutamento? O decorrer das reuniões? A compra do imóvel? O início da escavação?

A teoria não estabelece um critério claro, criando, como consequência prática, uma de duas opções. Ou o judiciário aplicaria a teoria subjetiva de maneira a condenar "A" sem fundamento preciso e concreto, identificando de acordo com o entendimento pessoal do magistrado, um momento aleatório da narrativa como aquele em que a vontade delitiva se manifesta; ou desembocaríamos em situação igual àquela gerada pela uso da teoria negativa, em que, pela ausência de critério, a decisão ficaria à critério do juiz. No fundo, percebe-se que ambas as consequências são iguais.

Identificada tal falha, passemos à proposta trazida pela *teoria da inequivocidade*. Para isso, busca-se o ponto de vista de um terceiro que deverá analisar a conduta de "A" a fim de identificar se inequivocamente, no momento da interrupção pela polícia, ela seria demonstrativa da sua vontade delitiva.

Observado o Caso do Túnel, "A" é detido durante a escavação, após concretizar 85% da obra. Diferente de um caminhoneiro que dirige na estrada com mercadorias roubadas, o ato de cavar o túnel não confunde um terceiro observador quanto à sua intenção delitiva. Para um estranho, o caminhoneiro apenas exerce sua profissão ao dirigir na estrada em direção a uma fronteira. De modo diverso, quem vê a elaborada obra de escavação de um caminho subterrâneo em direção a uma instituição bancária, não possui dúvida quanto à intenção e ilegalidade da conduta. A conclusão, se aplicada esta vertente da *teoria subjetiva pura* é, portanto, a condenação de "A" por tentativa de furto ao Banrisul.

Conclusão: "A" é punível por tentativa de furto.

### III. TEORIAS OBJETIVAS

As *teorias objetivas* surgem em resposta direta às *teorias subjetivas puras*. Seu mérito foi abandonar a ideia de que seria possível classificar o limite entre atos preparatórios e executivos utilizando-se meramente do plano subjetivo<sup>44</sup>. Para tanto, parte da ideia de que o plano do autor se mantém o mesmo durante todas as etapas da prática de um crime. A fim de determinar o início da execução delitiva, com efeito, volta-se completamente aos critérios objetivos, deixando em segundo plano o âmbito subjetivo<sup>45</sup>.

Todas as teorias objetivas partem de um ponto comum. De modo geral, para que uma conduta seja punível por tentativa, um terceiro deve ser capaz de identificar manifestações externas inequívocas no sentido da consumação de um tipo penal<sup>46</sup>. A partir destas linhas gerais, cabe às teorias em específico estabelecerem os pormenores da delimitação da tentativa. Elas se ramificam nas correntes a seguir.

#### III.A. TEORIA OBJETIVA-FORMAL

Frente às *teorias subjetivas*, Von Hippel e Beling propuseram nova fórmula para determinar o limite da tentativa. Entenderam que se a consumação de um delito está ligada ao verbo nuclear do tipo penal<sup>47</sup>, seria apenas natural que o início da execução também se pautasse no *verdadeiro componente* do tipo, seu núcleo<sup>48</sup>.

Explica Nelson Hungria que todo tipo penal é constituído por um núcleo e por uma zona periférica. O núcleo do tipo é composto por atos que irão realizar o verbo principal descrito no tipo, e a zona periférica trata dos atos que não condizem com o verbo do tipo, mas que compõem o *iter*

---

<sup>44</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 375.

<sup>45</sup> REYES ALVARADO, Yesid. **El Delito de Tentativa**. Buenos Aires: B de F, 2016, p. 285.

<sup>46</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª. ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 631-632.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 47.

<sup>48</sup> REYES ALVARADO, Yesid. **El Delito de Tentativa**. Buenos Aires: B de F, 2016, p. 286.

*criminis*<sup>49</sup>. Assim, observando o crime tentado por esta ótica, todas as condutas ligadas ao núcleo deverão ser consideradas atos executivos à luz da teoria formal, ao passo que as condutas periféricas serão consideradas atos meramente preparatórios<sup>50</sup>.

Deste modo, ao se deparar com o crime de furto ou mesmo de homicídio, por exemplo, devem ser observados os verbos nucleares como descritos nos respectivos tipos: *subtrair* e *matar*. Pratica a tentativa de furto quem agir de forma a iniciar a subtração, tocando no bem alheio que pretenda subtrair. Assim, o momento certo em que um ladrão começa a remover a carteira da bolsa de uma vítima seria considerado tentativa de furto. Enquanto no caso do homicídio, apenas sacar ou apontar um revólver não configura tentativa, uma vez que as ações se encontram na zona periférica do verbo nuclear *matar*<sup>51</sup>.

Entretanto, argumenta-se que essa teoria não mais se sustenta em sua forma pura. Em geral, as normas que se propõem a delimitar a tentativa não tratam da realização *parcial* do tipo. Descrevem, pelo contrário, a intenção de castigar aquele que se dispõe a concretizar o ato típico, aquele que se encaminha na direção de sua realização, e não necessariamente executa parte do delito<sup>52</sup>. Este é o caso da lei brasileira, onde lê-se *início da execução*, em detrimento da parcial consumação<sup>53</sup>.

Também não se pode ignorar que a *teoria objetivo-formal*, em algum aspecto, deixa de avançar na solução da delimitação da tentativa, pois ao tentar solucionar um problema, acaba por criar um novo, de mesma ordem. Ao passo que a fórmula determina o início da tentativa em estreita relação com a conduta que realiza o elemento típico, este pressuposto cria a necessidade de ser definido mais um conceito, qual seja o próprio início da realização do núcleo do tipo<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Volume I, Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 83-84.

<sup>50</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 466-467.

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Volume II, Tomo II. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 527-528.

<sup>52</sup> REYES ALVARADO, Yesid. **El Delito de Tentativa**. Buenos Aires: B de F, 2016, p. 286.

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 467.

<sup>54</sup> REYES ALVARADO, Yesid. **El Delito de Tentativa**. Buenos Aires: B de F, 2016, p. 286-287.

Enquanto para a ação de *subtrair*, seu início pode ser observado de maneira mais clara, por exemplo, no ato de encostar no bem alheio com o fim de possuí-lo, para os tipos de resultado, como o de homicídio é quase impossível precisar quando se começa a *matar* alguém efetivamente. Desta forma, se a própria delimitação do início da execução é extremamente delicada, a *teoria objetivo-formal* apenas torna mais complexa a solução deste problema ao exigir a definição do limite da realização do primeiro elemento do tipo<sup>55</sup>.

Os problemas dessa fórmula ultrapassam seu aspecto teórico. São evidentes alguns problemas em sua aplicação prática. Voltando ao exemplo do furto, pela *teoria objetivo-formal* o contato com a coisa alheia móvel é de suma importância para distinguir o começo da sua subtração. Estaria impune aquele que após invadir uma casa, fosse flagrado frente a um cofre que lograra abrir, contudo, sem se apossar dos bens, uma vez que não realizou a ação descrita no núcleo do verbo<sup>56</sup>. Parece absurda tal hipótese, afinal fora tamanho o esforço despendido pelo autor para adentrar a residência e acessar seu cofre para que sejam considerados atos meramente preparatórios.

Neste mesmo sentido, pode se livrar da punição aquele que, apontando revólver diretamente à cabeça da vítima, é impedido de atirar, pois não há consenso quanto ao momento em que se começa a *matar* alguém<sup>57</sup>. Para ambos os exemplos, fundamentar a tentativa por uma conduta que inicie a ação descrita no verbo nuclear, parece levar à impunidade de atos indiscutivelmente executivos<sup>58</sup>. Não restam dúvidas de que todas as ações apontadas como puníveis pela teoria, são realmente atos executivos. A crítica se refere à insuficiência da teoria formal, que afasta da punibilidade um considerável número de ações imediatamente anteriores à realização do núcleo do tipo, que são, contudo, altamente ameaçadoras do bem jurídico por ele protegido<sup>59</sup>.

As reservas existentes à *teoria objetiva-formal* se referem justamente ao zelo pela letra da lei. Escolheu prezar pela precisão conceitual e teórica a fim de proteger a tentativa de uma

---

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 632.

<sup>57</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa**: Doutrina e Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 48.

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Volume II, Tomo II. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 528.

interpretação ampla em demasia, como eram as teorias subjetivas, por vezes, chegando a resultados práticos indesejados. Zaffaroni recorda um fundamento utilizado para punir o crime tentado, qual seja, a ameaça iminente ao bem tutelado. Se a própria ameaça já deveria ser punível como ato executivo, a presente teoria erra ao impor como necessidade o começo da execução do próprio delito. A igualdade proposta pela fórmula não prospera, podendo até chegar ao absurdo do crime de estupro, no qual nem diferença há entre o começo da execução e sua consumação. Ora, o início da conjunção carnal, coincide com o momento em que o fato já está consumado<sup>60</sup>.

Por fim, há uma ressalva comum a todas as teorias objetivas que vale ser pontuada: a exclusão do dolo. A ausência do plano do autor faz ser nebulosa a punição da tentativa em alguns casos. O ato de dar uma facada, por exemplo, sem levar em conta o plano subjetivo pode ser considerado início da execução de um homicídio ou a consumação de uma lesão corporal. A inobservância do dolo, portanto, faz com que seja impossível distinguir ações de conteúdos diferentes, mas que mantêm uma mesma forma<sup>61</sup>.

Findas as críticas, é interessante ressaltar que, nos dias de hoje, a teoria objetivo-formal mantém força relevante. Vögler apresenta uma interpretação atual da teoria, buscando estabelecer o limite da tentativa particularizando a conduta que dá início à execução para cada tipo penal. Passa a ser, portanto, uma questão a ser discutida individualmente frente a cada delito<sup>62</sup>. Essa concepção converte a delimitação dos atos preparatórios e executivos em um problema da parte especial, particular para cada tipo.

A proposta de Vögler é interessante. De fato, a própria teoria objetivo-formal exige a estrita observância do tipo penal -mais especificamente de seu núcleo- para delimitar o início da execução. A ressalva oferecida por Roxin, no entanto, ataca dois problemas da presente fórmula. Em primeiro

---

<sup>60</sup> O texto original de Zaffaroni e Pierangelli data de 1992, ou seja, antecede a reforma do Código Penal Brasileiro. Por isso, é importante destacar que o crime mencionado pelos autores para efeito de crítica à *teoria objetiva-formal* não corresponde ao crime de estupro, mas sim ao crime de *posse sexual mediante fraude*. Este tipo penal hoje inexistente, abrindo espaço para o próprio crime de estupro, dentre outros. Justifico, portanto a escolha da menção do crime de estupro ao invés daquele apontado pelos autores por, além de ser mais atual, manter o mesmo efeito crítico, afinal são crimes em que o início da execução do tipo se confunde com o crime já consumado. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa**: Doutrina e Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 48.

<sup>61</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 376.

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 467.

lugar, utilizar apenas a parte especial, ou seja, o tipo penal em cada caso para determinar quais ações são preparatórias ou executivas não é suficiente sem dar a devida atenção à Parte Geral. É necessária uma relação complementar da parte geral com os tipos específicos. Afinal, dado que a tentativa não se restringe apenas ao tipo penal, mas engloba ações prévias a ele, uma simples interpretação do tipo deixaria de lado condutas que certamente são executivas, mas não estão compreendidas no verbo nuclear<sup>63</sup>.

A segunda crítica de Roxin remonta a outra anteriormente formulada à teoria objetivo-formal. Colocada em evidência a Parte Especial para delimitar a tentativa, tal proposta só se tornará frutífera nas hipóteses em que o tipo penal fornece uma descrição da ação típica<sup>64</sup>. No caso do crime de furto, por exemplo, há uma breve descrição do delito pelo uso do verbo *subtrair*. Assim, é claro que o ato de se aproximar do bem alheio não configura tentativa, pois claramente não se conforma com o verbo utilizado no tipo. Essa clareza, contudo, se perde em crimes como o homicídio, onde não se descreve o delito, apenas seu resultado. Com efeito, voltar-se ao tipo penal no caso a caso também parece não suprir o esperado para uma fórmula de delimitação da tentativa.

### *III.A.I. A SUBSUNÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA OBJETIVO-FORMAL*

Ao analisar o Caso do Túnel, o tipo imputado é o de furto, portanto a ação referida é a *subtração*. Exercitando a leitura estrita, seria iniciada a execução do furto aos ativos do Bannisul no momento em que, após haver invadido o estabelecimento e arrombado o cofre, "A" estabelecesse contato físico com o bem móvel, estando na iminência de dele tomar posse.

Esta situação, contudo não ocorreu. Apesar de haver debate teórico quanto à necessidade de execução parcial da ação típica ou apenas o cumprimento de um de seus elementos, esta divergência no presente caso pouco importa. O que de fato se passou foi a construção de um túnel, interrompida ao seu final. Se tal conduta realiza o núcleo de algum tipo penal, não será o de furto. Escavar um túnel ilegalmente configura o ato de *danificar* o patrimônio público —como descreve

---

<sup>63</sup> *Ibidem.*, p. 468.

<sup>64</sup> *Idem.*

o art. 163 do CP—, porém não chega perto de iniciar a subtração de qualquer bem. Desta forma, como não é possível observar qualquer conduta de "A" que comece a realizar a ação típica de *subtração*, não há que puni-lo por tentativa de furto.

Muito embora pareça precisa e certa a aplicação da *teoria objetivo-formal* no Caso do Túnel, é importante fazer uma ressalva. Em se tratando de Direito Penal, principalmente, há de se ter em mente os direitos e garantias do indivíduo, sempre em equilíbrio com a coerência e segurança jurídica. A teoria formal, como já demonstrado, é aquela que se propõe mais restritiva ao traçar o limite entre atos preparatórios e executivos. A razão para isso foi elaborar, com o necessário zelo, uma fórmula condizente com o princípio da legalidade. Entretanto, como esmiuçado durante a sua explicação, são inúmeras as falhas, incoerências e insuficiências desta proposta. A principal delas é criação da necessidade de mais uma definição conceitual, desta vez para o que seria o começo da ação típica. A sorte é que a conduta analisada no presente caso está distante o suficiente do verbo nuclear para não gerar dúvidas. Mesmo diante de uma solução aparentemente razoável e precisa, não podemos ignorar as relevantes críticas levantadas a essa teoria. Portanto, a solução dada pela presente fórmula ao Caso do Túnel, independente da fórmula que se adote, deverá ser submetida a uma análise final mediante cotejo das teorias por este trabalho elencadas, elegendo aquela que se sustenta com maior coerência. Apenas assim, pode ser atribuída solução para a questão da punibilidade de A.

Conclusão: A não é punível por tentativa de furto.

### ***III.B. TEORIA MATERIAL-OBJETIVA***

Se a *teoria objetiva-formal* elegeu atos ligados ao verbo nuclear do tipo para determinar o início da execução, a *teoria material* decidiu por ampliar esta noção<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 632-633.

Tal escolha é influenciada diretamente pela insuficiência da *teoria formal*, restrita ao extremo<sup>66</sup>. Fez-se necessário ampliar o escopo da punibilidade da tentativa, complementando a teoria anterior com critérios de cunho material<sup>67</sup>. Com efeito, a *teoria material-objetiva* não surge de maneira independente, mas apenas como complemento àquela que a antecedeu<sup>68</sup>.

São algumas as vertentes da *teoria objetiva-material*. A primeira, representada pela tese de Frank, deixa prontamente de lado a rigorosa delimitação do ato executivo como aquele que atentasse apenas ao verbo nuclear do tipo. Se propôs a ir além dos atos executivos estritos aos elementos específicos do tipo penal, passando a englobar como tentativa aqueles que, mesmo não pertencentes ao núcleo, integrariam o tipo como um todo<sup>69</sup>. Em outras palavras, a fórmula de Frank indica como punível por tentativa aquele ato em estreita relação com a ação típica, o qual, em uma compreensão naturalista<sup>70</sup>, entende-se como *parte integrante* do tipo<sup>71</sup>.

A diferença estabelecida entre a teoria objetivo-formal e a fórmula de Frank parece estar no ponto de partida de sua análise. Enquanto as teorias formais partem de uma análise conceitual do tipo e seu núcleo, as materiais se amparam em um plano de maior concretude prática.

As teorias objetivo-formais têm como proposta esclarecer qual seria a ação de início da realização do verbo típico, para atribuir a ela o início da execução penal. O debate, portanto, se desenrola no plano das ideias primordialmente, para enfim ser aplicado na empiria. Por outro lado, as teorias materiais partem da observação do plano prático para estabelecer o início da execução. Buscam identificar um modo de atuação *comum*, uma série de atos frequentemente aplicados na execução de determinado crime<sup>72</sup>. Por exemplo, para atingir o resultado morte é comum que o autor saque um revólver e aponte para a vítima que deseja matar. Assim, a teoria material fará uso destas

---

<sup>66</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa**: Doutrina e Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 49.

<sup>67</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Volume II, Tomo II. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 528.

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa**: Doutrina e Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 49.

<sup>69</sup> REYES ALVARADO, Yesid. **El Delito de Tentativa**. Buenos Aires: B de F, 2016, p. 288-289.

<sup>70</sup> "La procedente de un tercero que estuviera observando?" ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 473.

<sup>71</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 473.

<sup>72</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 632-633.



ações comuns, imediatamente anteriores ao núcleo do tipo, para estabelecer o limite entre a preparação e a execução<sup>73</sup>.

Pierangelli e Zaffaroni esclarecem que a teoria de Frank apela ao "uso da linguagem"<sup>74</sup> em oposição ao "sentido estrito da palavra" para se diferenciar da teoria formal<sup>75</sup>. O *uso da linguagem* faz referência à fórmula material, enquanto o *sentido estrito da palavra*, remete à teoria formal. Em se tratando de um homicídio, uma leitura estrita da palavra *matar* só permitiria punir por tentativa ações que, de fato, iniciaram a morte da vítima. Por outro lado, se fizermos *uso da linguagem*, a leitura do tipo se amplia. Passamos a observar as condutas frequentemente utilizadas na execução de um delito. Não estaríamos, à luz da teoria material, restritos ao verbo *matar*, mas livres para englobar ações anteriores a ele. O ato de sacar a arma, com efeito, poderia ser classificado como tentativa<sup>76</sup>.

Mesmo diante dos esforços de diversos autores em explicá-la, a tese de Frank parece pecar por falta de clareza. Dada a sua imprecisão, surge uma proposta de complementar a *teoria objetiva-material*, trazendo a "perspectiva da imediatidade do perigo"<sup>77</sup>. Desta vez, o início da execução estaria atrelado a uma conduta que evidencia a vontade do autor de colocar em perigo imediato o bem jurídico penal protegido<sup>78</sup>.

Roxin utiliza-se do exemplo da invasão de uma fábrica para ilustrar a fórmula. A fim de furtar uma fábrica, B leva ao local do crime uma alavanca elevadora para forçar uma das janelas. B esconde a ferramenta entre a fábrica e algumas vigas, então retorna após três dias para dar início a seu plano. B, contudo, é abordado por um vigia e foge<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> Vale notar que Eduardo Correia preferiu fazer uso da expressão "*experiência comum*", ao invés de "*uso da linguagem*". Apesar desta primeira expressão me parecer mais feliz pelo simples fato de ilustrar com mais clareza o uso de condutas frequentemente observadas na execução de determinados tipo penais para distinguir os atos preparatórios dos executórios, ambos os esforços de esclarecer a teoria de Frank pecam em precisão (CORREIA, 1971).

<sup>75</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Volume II, Tomo II. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 528.

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 473.

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> *Idem.*

A opinião da Corte Alemã trata como decisiva a necessidade de que as diferentes ações de B não apenas sejam orientadas a um mesmo fim, mas também sejam parte do tipo penal, por conta de sua correlação necessária com a ação típica<sup>80</sup>. Também é necessário que tal conjunto de atos individuais provoquem um ataque imediato ao bem jurídico protegido, como consequência, o aproximando da produção do resultado<sup>81</sup>. Estas duas premissas foram tidas como relevantes para determinar se o conjunto de atos performados por B poderiam, nos termos da teoria objetiva-material, ser considerados parte da execução. Concluiu, combinando a fórmula de Frank com aquela do perigo imediato, que os atos de sacar e preparar a ferramenta já coloca em perigo imediato o bem jurídico<sup>82</sup>.

Não são poucas as críticas tecidas à *teoria objetivo-material*. A primeira delas remonta justamente à *teoria objetivo-formal*, quanto à ausência do elemento subjetivo para a determinação do início da execução. Imaginemos a situação em que se aponta um revólver para a vítima. Sem considerar a subjetividade do agente é impossível identificar qual o bem jurídico que realmente está em perigo. Estaria o agente interessado em ferir a vítima para assustá-la ou não deixá-la escapar? Ou haveria, de fato, a intenção de um resultado morte? Estas perguntas são de extrema importância para identificar o próprio cerne da *teoria objetivo-material*. Ora, sem estabelecer o dolo, é impossível reconhecer qual o bem jurídico em risco naquele momento: a vida ou a integridade física<sup>83</sup>.

Outra pertinente crítica é aquela que observa a antecipação indevida da punibilidade pela presente teoria. Tal expansão deve-se ao aspecto que erroneamente atribui à tentativa um valor intrínseco, considerando-a em si danosa à sociedade<sup>84</sup>. Vejamos, o agente que aponta uma arma a uma vítima gera, de maneira inerente ao ato, perigo ao bem jurídico da vida. O ato gera perigo imediato, portanto, é punível. Imaginemos, contudo, que após apontar o revólver, o agente desista

---

<sup>80</sup> "El BGH opina que es decisivo si las **diferentes acciones** orientadas **hacia el mismo fin** constituyen, para una comprensión natural (la procedente de un tercero que estuviera observando), una **parte del tipo**, a causa de su necesaria correlación con la acción típica. Si, por lo tanto, las acciones individuales así agrupadas conllevan, en su globalidad, un ataque inmediato al bien jurídico protegido que lo pone ya en peligro y que aproxima la inmediata producción del resultado final vinculada a dicha puesta en peligro" (ROXIN, 2014, p. 473).

<sup>81</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 473.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 473-474.

<sup>83</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 633.

<sup>84</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 633.

de efetuar os disparos. Nos termos da *teoria objetivo-material*, a punibilidade ainda seria necessária. Ora, o ato praticado pelo agente em ambas as situações foi o mesmo. Se a tentativa possui em si a consequência de colocar o bem jurídico em perigo, então deve ser punida a ação de apontar o revólver da mesma forma em cada caso. Esta conclusão, contudo, é absurda não apenas como exercício teórico, mas também porque afronta a concepção básica do crime tentado, que não é punível quando a sua não consumação for resultado da vontade do próprio autor. Nas palavras de Zaffaroni e Pierangelli, "não existe um 'delito de tentativa', mas somente *tentativa de delito*"<sup>85</sup>.

Jakobs também levanta críticas à indevida antecipação do início da execução pela presente teoria<sup>86</sup>. O perigo ao bem jurídico está potencialmente presente em qualquer momento do *iter criminis*, bastando que o autor arme seu plano delitivo<sup>87</sup>. Por esta razão, deve ser tido como um "continuum", ou seja, desde a preparação o perigo aumenta gradualmente. Assim, ele perde qualquer utilidade como um critério para determinar o início da execução<sup>88</sup>, sendo empregado pelos tribunais apenas com o objetivo de antecipar o início da execução e, portanto, a punibilidade<sup>89</sup>.

Apesar das acertadas críticas, Figueiredo Dias observa a *teoria material-objetiva* como o caminho mais correto da distinção. Mesmo que a fórmula seja imperfeita, o autor a considera o seu uso como essencial para chegarmos à delimitação dos conceitos de atos preparatórios e executórios<sup>90</sup>. A proposta consiste em, primeiro, substituir o aspecto da *consideração natural*, presente na fórmula de Frank, por uma conotação de *normalidade social*. Em seguida, sugere que além do perigo ao bem jurídico dever ser *imediato* ou *iminente* ou *próximo*, que ele tenha de ser também um *perigo típico*, um perigo diretamente ligado à realização do tipo. Para Dias, essas duas modificações resultam em um poderoso critério para determinar o início da execução.

---

<sup>85</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 51.

<sup>86</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General: Fundamento y teoría de la imputación**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 881.

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 50.

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 699.

### III.B.I. A SUBSUNÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA OBJETIVO-MATERIAL

Vejamos como seria solucionado o Caso do Túnel em conformidade com a proposta da *teoria objetivo-material*.

A fórmula de Frank exige, a partir de uma concepção naturalista, que a conduta de "A" esteja em estreita relação com a ação descrita pelo tipo delitivo, como se sua parte integrante fosse. Identificada a conduta típica do furto como a *subtração*, é necessário estabelecer que a conduta exercida por "A" no momento do seu flagrante é, aos olhos de um terceiro, integrante da ação típica.

Frank pecou em clareza, contudo, ao tentar explicar como se identifica a conduta que seria parte integrante do verbo *subtração*. Autores como Zaffaroni, Pierrangelli e Correia, buscaram esclarecer a fórmula, trazendo as figuras do "uso da linguagem" ou "experiência comum". Explicam que a fórmula exige que o ato em análise seja parte de uma série de *ações frequentemente aplicadas na execução do crime* de furto —conceito ainda vago—, o que parece não se ajustar ao presente caso.

“A” cavava um túnel no momento em que fora impedido de continuar suas ações. Longe está a conduta de cavar um túnel do verbo típico do furto *subtrair*. É fato que a fórmula de Frank buscou ampliar a proposta de punibilidade da *teoria formal*, contudo ela impõe limites que, mesmo nebulosos, devem ser aplicados ao Caso do Túnel. A ideia de incriminar as ações frequentes para a execução de um delito foi englobar como tentativa de furto, por exemplo, situação em que o agente, mesmo sem lograr êxito em abrir um cofre, já tenha invadido a residência da vítima. Este não parece ser o caso de "A", que está a mais de dez metros da entrada no Banrisul. Sua conduta, portanto, para a teoria de Frank, é meramente preparatória, não punível.

Conclusão: "A" não é punível.

Passamos, agora, à análise a partir da *teoria material da imediatidade do perigo*. Buscando esclarecer Frank, o ato de início da execução passa a ser identificado como aquele que coloca em perigo o bem jurídico tutelado pelo tipo. O bem jurídico protegido pelo tipo penal do furto é o

patrimônio. Assim, "A" só poderá ser punível por tentativa se sua conduta -cavar um túnel- gerar perigo ao patrimônio do Banrisul.

A ação de cavar um túnel não cria um perigo direto e iminente aos bens contidos no cofre do Banrisul. Como já mencionado, "A" estava a mais de dez metros da instituição bancária, faltando-lhe um bom caminho a ser percorrido para entrar no cofre. Ademais, nada foi alterado na rotina daquele banco como resultado da construção do túnel ou eventual ameaça do furto. Com efeito, não há que se falar em imediatidade de perigo ao patrimônio bancário, concluindo-se pela não punibilidade de "A".

Conclusão: "A" não é punível por tentativa de furto.

#### IV. TEORIA OBJETIVO-INDIVIDUAL OU OBJETIVO-SUBJETIVA

A teoria *objetivo-subjetiva* buscou seguir o *caminho correto*<sup>91</sup> percorrido pelas teorias anteriores, a fim de formular uma nova teoria que suprisse as críticas feitas até então.

Como é possível intuir pela própria nomenclatura, a teoria traz como sua principal característica a união das esferas objetiva e subjetiva da prática do delito<sup>92</sup>. Combina aspectos das *teorias objetivas* e introduz o plano do autor como importante complemento. A dimensão subjetiva remonta às *teorias subjetivas puras*, que identificam a vontade delitiva como chave para determinar o início da execução. Contudo, é necessário juntar a ela um critério objetivo a fim de delimitar com precisão a punibilidade da tentativa.

Para Welzel "a tentativa começa naquela atividade com a qual o autor inicia imediatamente, de acordo com seu plano de delito, a realização do tipo penal" (tradução nossa)<sup>93</sup>. A análise parte da exigência da imediatidade da conduta descrita pelo tipo —como matar ou subtrair— em relação

---

<sup>91</sup> *Idem.*

<sup>92</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 634.

<sup>93</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 193-194.

a sua realização, e segue para o exame da esfera individual, ou seja, se, tendo em vista o plano desenvolvido pelo autor, já fora iniciada a realização típica<sup>94</sup>.

A título de exemplo, um homem falsifica um cheque e o apresenta em pagamento. Deve-se, primeiro, atentar à descrição do tipo de falsificação de documentos e estelionato, contudo, sempre à luz do plano individual. Welzel entende que a falsificação dos documentos começa, portanto, com o princípio do ato de falsificar e se consuma com o término deste ato. Já o golpe, tem início pela ação de enganar, ou seja, ao apresentar o cheque<sup>95</sup>.

O autor defende a importância de se delimitar início da execução partindo não do interior do tipo, mas de seu exterior, incorporando o plano individual<sup>96</sup>. Até então, as teorias objetivas faziam uso da ideia de um espectador hipotético. Este terceiro, contudo, desconhecia o plano delituoso desenvolvido pelo autor. Para Welzel, contudo, esta lógica não seria sustentável, uma vez que são ilimitados os caminhos para a realização de um crime. Com efeito, defendeu a necessidade do terceiro se valer da subjetividade do autor para efetuar qualquer juízo<sup>97</sup>.

Ilustra tal ideia o agente "X" que desenvolve dispositivo que, aparentando ser um interruptor de energia elétrica, provoca um incêndio ao ser acionado por um terceiro "T". Se o plano de "X" considerava que "T", de boa fé, apertaria o botão, a execução do delito já teria se iniciado no momento da instalação do dispositivo. Contudo, se "T" é coautor e, de acordo com o plano, deveria acionar o botão para consumir o crime, a instalação do dispositivo torna-se ação meramente preparatória<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>95</sup> *Idem*.

<sup>96</sup> *Idem*.

<sup>97</sup> *Idem*.

<sup>98</sup> Alternativamente, uma mulher tem a intenção de matar seu marido adicionando veneno ao seu jantar. Para determinar se o ato de derramar o veneno na comida constitui ato preparatório ou executivo, deve-se valer, justamente, do conhecimento do plano do autor quanto ao homicídio. Se o plano da esposa era que ela mesma servisse o marido no jantar, trata-se de ato preparatório. Caso esteja a mesa posta para o marido se servir, o ato de adicionar o veneno passa a ser considerado executivo (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 1992).

Nota-se, portanto, que é consensual o entendimento de que incluir a dimensão subjetiva é de extrema importância para delimitar o início da execução. Já a dimensão objetiva, possui controvérsias, ramificando-se em duas vertentes<sup>99</sup>.

É dominante a posição de Welzel, a qual defende que a conduta do autor deve ser *imediata*, de acordo com seu plano, à realização do tipo penal para que seja considerada executiva<sup>100</sup>. Já, a segunda vertente, adota o critério estabelecido pela *teoria objetivo-formal*, exigindo a execução dos elementos como descritos no tipo penal para dar início à tentativa<sup>101</sup>.

Welzel afirma que "a tentativa começa com aquela atividade com que o autor, de conformidade com o seu plano de delito, se esmera de maneira *imediata* à realização do delito"<sup>102</sup>. Assim, limita-se o começo da execução a uma zona intermediária imediatamente anterior à ação típica. Neste sentido, é verdade tanto que a tentativa começa nos casos em que a conduta realiza a ação típica, mas também com aqueles atos que estão em íntima proximidade a ela<sup>103</sup>.

Tanto o Código Penal Alemão quanto o Austríaco incorporaram essa concepção, denominada de *fórmula de aproximação*<sup>104</sup>. Principalmente na Alemanha, o Código abandonou o uso da expressão *início da execução*, justamente para frisar de maneira mais clara a importância da proximidade da conduta com a realização do ato típico em detrimento da infinita discussão terminológica envolvendo o início da execução<sup>105</sup>.

O critério objetivo da *teoria objetivo-subjetiva* para Welzel não se assenta, portanto, na observância estrita do tipo, tampouco do perigo iminente ao bem jurídico protegido, mas sim da proximidade que possui a conduta do autor com a ação típica<sup>106</sup>. Para tanto, elege como início da

---

<sup>99</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 378-379.

<sup>100</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 635.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Tradução castelhana de Juan Bastos Ramírez e Sergio Yanes Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 190.

<sup>103</sup> TREPAT, Elena Farré. Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. 13, [s.l.], 1990, p. 46.

<sup>104</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 53.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018. v. 3, p. 636.

execução o momento em que o autor supera seu último impulso de vontade, o limite do "Vamos lá"<sup>107</sup>.

Aos olhos de Roxin, entretanto, esta é uma das fórmulas mais problemáticas. Seu propósito é estabelecer um critério objetivo preciso, levando em conta o plano do autor, para estabelecer o início da execução. Contudo, esta tese deposita todo o critério objetivo na reflexão do autor, resultando em uma fórmula de distinção pouco convincente<sup>108</sup>.

Mesmo deixando esta questão de lado, utilizar-se da expressão "Vamos lá" como parâmetro não garante com toda a certeza a identificação de um ato executivo. Vejamos a fórmula em prática. Uma mulher planeja envenenar a sopa de sua vítima. Ela pensa consigo mesma que gostaria de dar início à produção da substância venenosa e, para isso, diz "Vamos lá". A moça, contudo, não se encontra em fase de execução do crime. Não está na proximidades de colocar o veneno na sopa, ou de servir a sopa à vítima, mas meramente prepara a substância. Com efeito, trata-se de um ato preparatório, erroneamente identificado como executivo pela fórmula do "Vamos lá"<sup>109</sup>.

Dado que a teoria não cumpre sua missão de identificar um critério objetivo preciso para o problema da tentativa, buscaram, a doutrina e jurisprudência, uma alternativa. Roxin identifica como um dos critérios mais bem sucedidos aquele dos *aspectos parciais* ou dos *atos intermediários*, derivado diretamente da fórmula de Frank. Assim, passou a ser exigido que entre a conduta do autor e o ato como descrito no tipo não faltasse qualquer fase intermediária<sup>110</sup>.

Ao se tratar de um caso em que o autor aponte revólver em direção à vítima, este ato deveria ser considerado tentativa pois é o último que antecede o disparo. Por outro lado, o ato de carregar a arma seria meramente preparatório, pois entre ele e o disparo ainda serão exercidas outras condutas<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 474.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 476.

<sup>109</sup> *Idem*.

<sup>110</sup> TREPAT, Elena Farré. Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. 13, [s.l.], 1990, p. 46.

<sup>111</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 476.



A *teoria dos atos intermediários*, contudo, foi considerada por alguns restrita em demasia. Propôs-se, então, um pequeno ajuste, apontando que não poderia haver ato intermediário *essencial* entre a o começo da execução e a realização da ação típica para que se considere a tentativa<sup>112</sup>.

A fim de aplicar a teoria sem equívocos, é necessário cuidado para que não sejam divididas as condutas do autor de forma artificial —o chamado "direito penal em câmera lenta". Assim, não faz sentido observar como intermediários os atos de levantar a mira, apontar a arma, mover o dedo no gatilho. Estas não são ações essenciais, portanto devem ser desconsideradas<sup>113</sup>.

Tanto a *teoria dos atos intermediários* quanto aquela dos atos intermediários *essenciais* têm suas limitações. Enquanto uma é muito restritiva, a segunda abdica de um maior grau de precisão que acompanhava a teoria anterior. Roxin conclui que ambas são aceitáveis, desde que reconhecidas tais reservas.

Por fim, Roxin, dedica relevante parte de sua obra para estabelecer ainda alguns critérios, buscando obter uma concepção mais precisa. Em sua opinião, o último ato parcial deve cumprir dois conceitos auxiliares: 1. "conexão temporal estrita"; e 2. "incidência sobre a esfera da vítima ou do tipo"<sup>114</sup>.

A título de exemplo, um indivíduo que quer furtar um objeto de um automóvel, coloca o braço para dentro do carro pela janela que estava aberta. Roxin defende que tal situação configura-se furto tentado pois, estão presentes ambos os requisitos por ele elencados. Em primeiro lugar, a consumação do crime ocorrerá naquele momento e naquele lugar, estabelecendo uma conexão temporal estrita. Em segundo lugar, o autor claramente incidiu sobre a esfera da vítima, invadindo seu carro com o fim de se apropriar do bem alheio. Cumpridos os critérios, conclui-se que se trata de um ato intermediário essencial, portanto, há tentativa<sup>115</sup>. Mesmo que o agente, no caso descrito, faça uso de um objeto para roubar o objeto de dentro do carro ainda deve ser considerada uma conduta tentada. Afinal, o critério objetivo da proximidade se cumpre pelo último ato intermediário, qual seja, o que cumpre *os dois* critérios elencados por Roxin —conexão temporal

---

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 478.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 479.

estrita e incidência sobre a esfera da vítima ou do tipo. Neste sentido, ações diversas podem ter o mesmo grau de proximidade da realização da ação típica e, portanto, serem consideradas puníveis por tentativa<sup>116</sup>.

#### ***IV.1. A SUBSUNÇÃO DE ACORDO COM A TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA***

A fim de solucionar o Caso do Túnel pela *teoria objetivo-subjetiva* é preciso dividir a análise em duas partes. Primeiro, explorando o plano individual da conduta de "A", para então adentrar ao plano objetivo.

O plano do autor foi arquitetado de maneira metódica. Faziam parte da empreitada as fases de recrutamento dos coautores, reuniões de planejamento, aquisição do imóvel, escavação do túnel e, por fim, invasão à instituição bancária e subtração dos ativos. Não resta dúvida quanto à vontade delitiva de "A", que seguiu o passo a passo de seu plano até ser interrompido pela polícia. O critério subjetivo, portanto, faz-se presente.

Estabelecido o plano do autor, é necessário, passar a uma análise de critérios objetivos. Para Welzel, é a proximidade da conduta em relação à ação delitiva, de acordo com o plano do autor, que determinará o início da execução. Diante do grau de imprecisão do que deve ser considerado um ato próximo à realização do tipo, a presente solução elegerá duas teorias para serem testadas. As fórmulas serão as duas vertentes da *teoria dos atos intermediários*, incluindo os critérios objetivos propostos por Roxin no âmbito da segunda vertente.

Iniciaremos a análise pela *teoria dos atos intermediários* mais restrita, aquela que determina o início da execução a partir da última ação intermediária antes do início da realização da ação típica. O plano como elaborado por "A" consistia dos seguintes passos: recrutamento, planejamento, aquisição do imóvel, construção do túnel, invasão do cofre e furto de ativos. "A" foi flagrado a pouco mais de dez metros da instituição bancária. Assim, a pergunta a ser respondida é: há atos intermediários entre a escavação do túnel e a subtração das coisas?

---

<sup>116</sup> *Idem.*

Por se tratar de uma concepção objetiva restritiva, tende-se a acreditar que a conduta de "A" ainda não configura o início da execução. Afinal, cavar o túnel não é o último ato que antecede a subtração dos bens. De início, pode-se argumentar que ainda faltavam mais de dez metros para adentrar na instituição bancária, sendo o próprio término da escavação um dos atos intermediários existentes. Ademais, além de cavar os metros seguintes, o agente deveria entrar no caixa-forte para, enfim, iniciar a subtração. Por estas razões, nos termos da *teoria dos atos intermediários*, não há que se falar em início da execução relativo à conduta de "A".

Conclusão: "A" não é punível por tentativa de furto.

Roxin estabelece, entretanto, um critério mais amplo e preciso, ainda dentro das teorias objetivo-subjetivas que é de interessante análise. Novamente, o foco estará nos atos intermediários, desta vez, porém, apenas aqueles considerados *essenciais*. Assim, para não haver dúvida quanto a quais os atos ali englobados, será feito uso dos conceitos auxiliares: 1. "conexão temporal estrita"; e 2. "incidência sobre a esfera da vítima ou do tipo".

Destaca-se que a conduta em questão é a escavação de um túnel em direção à agência bancária Banrisul. A é interrompido a pouco mais de 10 metros antes de poder acessar o prédio do banco. Tanto o aspecto da conexão temporal estrita, quanto o da incidência sobre a esfera da vítima não parecem se aplicar à situação apresentada.

Para aferir a "conexão temporal estrita", façamos uma breve comparação com o exemplo trazido na subseção anterior, também de um crime de furto. A conduta do agente de colocar o braço para dentro da janela do carro com o fim de se apoderar de um bem alheio deixa iminente a consumação do crime quando analisado por um prisma temporal: o crime irá acontecer nos próximos momentos. Além disso, a conduta do agente incide na esfera da vítima, pois invade seu carro.

Observando o Caso do Túnel de uma maneira mais restritiva, o fato de "A" estar a 12,80 metros da instituição bancária contribui para a ausência de conexão temporal. O crime não está na iminência de sua consumação, afinal, há de se escavar por algum tempo antes que o agente logre chegar ao cofre do Banrisul. Assim, em uma primeira análise, não se pode falar em conexão temporal estrita.

Por outro lado, não há de se estranhar quem observa o presente caso e entende o contrário. Com outros olhos, é possível também argumentar que a escavação está prestes a terminar e, o próximo passo é a invasão e subtração das coisas alheias. Portanto, o crime estaria sim na iminência de sua consumação, sem atos intermediários essenciais entre a conduta de "A" e o início da ação típica de subtrair.

Independente da conclusão, continuemos a análise. O segundo conceito auxiliar trata da afetação da esfera da vítima. A primeira vista não parece que a esfera do patrimônio do banco esteja sendo afetada de modo algum pela escavação do túnel, justamente pelo autor estar ainda a mais de dez metros de distância do prédio que deseja furtar. Se pensarmos no cotidiano do próprio banco, em nada se alteraram as atividades lá exercidas pois não houve impacto algum em sua esfera.

Entretanto, a leitura de um dos exemplos de Roxin cria uma dúvida quanto a essa conclusão. Na situação trazida, o agente falha ao tentar invadir uma casa a fim de furtá-la<sup>117</sup>. Mesmo sem conseguir entrar na residência, a conduta do indivíduo é tratada como tentativa de furto pois haveria forçado sua entrada pela janela, afetando a esfera da vítima. Observando o parâmetro construído pelo exemplo, podemos imaginar uma analogia com o Caso do Túnel. De fato, A não estava no limite de forçar a entrada, contudo, não é impossível se conceber que o ato de escavar o túnel possa ser considerado, analogamente ao exemplo de Roxin, como *forçar a entrada* no Banrisul. Afinal, é por meio do túnel que se dará a invasão, exercendo a mesma função da janela no outro caso.

Chegamos novamente a uma conclusão inquietante. Dada a presente teoria, fica à critério de um debate argumentativo determinar o início da execução. Claro, o mérito desta teoria é permitir que o jogo argumentativo seja pautado por critérios mais objetivos e precisos quando em oposição às teorias anteriormente exploradas. Entretanto, o resultado será consequência direta de aspectos subjetivos de seu julgador.

Por meio dessa teoria, a conclusão finalmente é que a conduta de "A" não é a última intermediária. Aplicando os requisitos de Roxin, aquele da conexão temporal de pronto não é cumprido. Com efeito, não há que se falar em início da execução no momento destacado pelo Caso do Túnel.

---

<sup>117</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014, p. 480.

Conclusão: “A” não é punível por tentativa de furto.

## V. CONCLUSÃO QUANTO AO INÍCIO DA EXECUÇÃO

Expostos os caminhos possíveis para determinar o início da execução no Caso do Túnel, o método estruturado pede que seja tomada uma posição acerca das teorias apresentadas.

Antes, contudo, breves reflexões são necessárias. Nenhuma das teorias propostas determina com a devida precisão o limite entre os atos preparatórios e executivos. A teoria negativa, de pronto, nega tal distinção. A subjetiva pura utiliza-se de um critério de distinção -a vontade delitiva- que não possui função alguma como critério, afinal está presente desde a cogitação do delito. Ambas as teorias objetivas falham de maneira imperdoável ao não reconhecer o critério subjetivo como determinante para reconhecer o início da tentativa.

A teoria objetivo-subjetiva, por fim, evidenciou um dos grandes problemas da aplicação do *dever ser* ao mundo concreto. Os autores desta teoria não mediram esforços para definir a tentativa criminosa, estabelecendo réguas cada vez mais precisas para identificar o momento exato em que se inicia a execução de um crime. No entanto, a teoria objetivo-subjetiva não é uma fórmula matemática, não fornece uma resposta precisa. Diante desta imprecisão, a consequência natural é um aumento do grau de discricionariedade do poder judiciário sobre o crime tentado,. Inicia-se pela própria escolha de uma das teorias, ou alguma de suas vertentes, e dado que tais teorias não são fórmulas, ainda sobrarão margem de interpretação ao magistrado. Por menor que seja esta margem, há espaço suficiente para que a decisão se encaminhe tanto pela condenação como pela absolvição, independentemente da fórmula escolhida e sem que haja uma métrica precisa a ser seguida. Afinal, um juiz que elege a teoria objetivo-subjetiva pode muito bem entender que cada metro e cada centímetro a ser escavado no túnel consiste em um ato intermediário ao cometimento de um crime, enquanto um segundo juiz considera que o túnel está praticamente finalizado e, portanto trata-se do início do furto.

Independentemente da teoria eleita, reinará alguma inconsistência teórica. Contudo, sendo necessário escolher uma fórmula a ser aplicada no caso prático, não há dúvidas que aquela que transpõe o menor número de incoerências, imprecisões e prejuízos à segurança jurídica é a

objetivo-subjetiva. Mais especificamente, a melhor escolha seria a teoria dos atos intermediários acompanhada dos critérios auxiliares de Roxin.

Como restou demonstrado pela subseção IV.I que trata da subsunção de acordo com tal teoria, a sua aplicação não acarreta uma conclusão definitiva. Com a finalidade de solucionar o caso concreto será necessário um exercício argumentativo que parte da discricionariedade do juiz, ou de qualquer um que se proponha à tarefa. Para o presente estudo, seguindo a teoria objetivo-individual, foi concluído que a conduta de "A" não satisfaz a tipicidade objetiva do furto tentado, pois teve o início do crime.

Conclusão final: "A" não é punível por tentativa de furto.

### ***bbb. INEXISTÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL (+)***

Para finalizar a análise do tipo objetivo do crime de furto na modalidade tentada, deve ser observada também a inexistência de um crime impossível. Na estrutura original proposta, o método estruturado de resolução de casos, não há exigência de demonstração deste ponto, uma vez que a lei alemã desconhece um dispositivo como o nosso art. 17 do CP<sup>118</sup>. Como tratamos da lei brasileira no presente estudo, esta adição é imprescindível.

O art. 17 do CP determina que "não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime"<sup>119</sup>. Explica Nelson Hungria<sup>120</sup>, que na tentativa com meio absolutamente inidôneo ocorre uma falha de uma das condições de existência do delito, qual seja o real perigo de dano ao bem jurídico, que não se faz presente. Ademais, os casos de tentativa com objeto impróprio faz com que a conduta analisada seja completamente atípica, afinal, inexistente bem jurídico a ser protegido.

---

<sup>118</sup> GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa. **A prática da teoria do delito**: a Parte Geral do Direito Penal segundo o método estruturado de resolução casos (*Gutachtenstil*). [s.l: s.n], 2019.

<sup>119</sup> RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei no 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12/01/20.

<sup>120</sup> HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Volume I, Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 99

No presente caso, o crime planejado não empregava meio ineficaz, tampouco objeto impróprio. Com efeito, se não houvesse a interrupção do plano dos autores, o furto ao Banrisul teria se consumado.

O meio utilizado para praticar o furto é o túnel. Este meio se provou tão eficaz que restaram apenas 15% da sua construção para que "A" pudesse adentrar à instituição bancária. Deste modo, se o agente tivesse sucesso em dar cabo à escavação, colocaria o bem jurídico protegido em sério perigo. Há, portanto, eficácia do meio.

Quanto ao objeto do furto, identificam-se as coisas alheias -dinheiro em cédulas e títulos)- guardadas nos cofres do Banrisul. Tais são bens corpóreos móveis, portanto, passíveis de subtração. Há, de fato, um bem jurídico a ser protegido, qual seja, o patrimônio do Banrisul. Logo, não se trata de caso de absoluta impropriedade do objeto.

É possível chegar à conclusão, portanto, de que o Caso do Túnel não caracteriza como um crime impossível, já que possui um objeto próprio e o meio escolhido é eficaz.

#### **b. ANTIJURIDICIDADE (+)**

O Caso do Túnel deixou de fornecer indicações de que "A" teria agido em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, com consentimento ou na prática de exercício regular de direito. Não existindo causas de justificação, a conduta de "A" é antijurídica.

#### **c. CULPABILIDADE (+)**

O presente caso não menciona qualquer causa de inexigibilidade ou inimizabilidade que possa pôr em xeque a culpabilidade de "A". Estão presentes, portanto, os requisitos da punibilidade.

#### 4. CONCLUSÃO: ANÁLISE COMPARATIVA DA DECISÃO DO STJ

O Caso do Túnel é uma adaptação simplificada do REsp. 1.252.770/RS, apreciado pelo STJ. Tal adaptação foi pensada de maneira cuidadosa para que pudesse ser analisada a principal controvérsia do Caso, sem afetar o mérito da discussão quando comparado ao caso real.

A denúncia original havia sido oferecida em desfavor de 33 réus que, em conjunto, porém exercendo diferentes funções, planejaram o furto ao Banrisul. Todos os réus denunciados pelo crime de furto tentado, nos termos do art. 14, II do CP, foram condenados pelo TRF ou STJ após concretizarem 85% da construção de um túnel que ligava o imóvel sede da empreitada com a instituição bancária. O importante, contudo, é observar que em ambas as decisões a conduta de escavar o túnel chegando à 12,80 metros do Banrisul foi considerada ato executivo do delito de furto, ao contrário do que concluiu o presente estudo.

A decisão proferida pelo STJ decorreu de recurso de oito dos réus que alegaram a aplicação da teoria objetivo-formal, pela qual a conduta em questão deveria ser considerada meramente preparatória<sup>121</sup>. O recurso foi improvido e recebeu a seguinte ementa:

“8. A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, **tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank)**, para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado.

9. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. **Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime.**

10. Não houve violação do art. 14, II, do CP, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da

---

<sup>121</sup> STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1.252.770 RS 2011/0107213-8. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 24/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, DP: DJe 26/03/2015, p. 41.



qualificadora do furto. Os recorrentes, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência de prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco, contexto que evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios.<sup>122</sup> (grifos nossos).

Essa conclusão, contudo, apresenta alguns problemas.

Vejamos, primeiro, os fundamentos utilizados pelo Relator para indeferir o pleito dos réus.

Por entender o critério objetivo-formal como demasiado estreito, o Relator traz a fórmula de Frank em conjunto com a teoria do perigo ao bem jurídico para solucionar o caso. Decide que as condutas periféricas ao núcleo do tipo que representem perigo ao bem jurídico resguardado, devem ser consideradas executivas. Contudo, falha ao apontar no caso concreto qual seria o núcleo do tipo, as condutas periféricas à ele, e como o bem jurídico estaria sendo afetado pela conduta dos agentes. O Ministro, pelo contrário, apenas elencou que as ações demonstraram o grande esforço dos réus em consumarem o delito: I.o fato de que o túnel estava sendo escavado há dois meses e faltavam apenas 12,80 metro dos originais 83,10 metros; e II. o fato de que os agentes havia adquirido um imóvel especialmente para esse fim. São fatos válidos e relevantes que, contudo, não são utilizados para fazer a subsunção de acordo com a teoria escolhida. O STJ conclui, então, pela punibilidade dos agentes por furto tentado, argumentando que, nos termos da teoria de Frank, a conduta de escavar o túnel representaria sério perigo ao Banrisul<sup>123</sup>.

O fato de não ser seguida uma estrutura rígida que passe por todos os pontos da teoria do delito, como é a do método estruturado, contribui para falhas como a acima citada e acaba abrindo espaço para outros problemas ao longo da resolução do caso pelo STJ. A decisão, por exemplo, foca em sua totalidade na resolução do ponto mais controverso da tentativa —tipicidade objetiva—, deixando de lado aspectos de mesma importância como a existência da tipicidade subjetiva.

---

<sup>122</sup> STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1.252.770 RS 2011/0107213-8. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 24/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, DP: DJe 26/03/2015, p. 42.

<sup>123</sup> *Idem*.

Apesar da escolha do magistrado por uma teoria da tentativa puramente objetiva, a inobservância do plano do autor deve sempre ser justificada.

Outro problema observado, refere-se à escolha não fundamentada da fórmula de Frank. Por que elegê-la em detrimento daquela trazida pelos advogados da defesa, por exemplo? Ou mesmo em detrimento da teoria objetivo-subjetiva, a mais aceita nos dias atuais? Sabemos, após explorar a tipicidade objetiva do crime tentado, que as próprias teorias falham em proporcionar um critério preciso para determinar o início da execução. As dificuldades de solucionar casos concretos utilizando as teorias da tentativa são inúmeras. Frente a esse problema, é papel do magistrado apontar para um caminho que, à luz da sua interpretação, seja o mais adequado. A decisão, contudo, sequer identifica a existência de um problema quanto à imprecisão das teorias propostas, quanto menos busca resolvê-lo. Como se não fosse gravosa o suficiente a insegurança jurídica gerada pelo órgão superior, ainda concluiu-se pela punibilidade dos agentes diante de critérios nada claros.

A aplicação do método *Gutachtenstil* parece bastante necessária após leitura do acórdão proferido pelo STJ. Ora, é por meio de uma estrutura rígida de atenção ao direito que pode ser garantida a resolução das controvérsias jurídicas de maneira mais segura e correta. O estudo aqui realizado, mesmo que não tenha proposto uma solução única e definitiva ao caso proposto, buscou identificar os limites da aplicação do direito penal no que tange ao crime tentado, bem como os limites do magistrado frente a essa aplicação. Não há como enfrentar e solucionar qualquer falha do sistema penal, sem antes identificá-la. O *Gutachtenstil* oferece, portanto, as ferramentas necessárias para o exercício de uma análise rigorosa e precisa da lei e, conseqüentemente, de sua aplicação.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte General: Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: GEN: Atlas, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GHIRARDI, José Garcez; PALMA, Juliana Bonacorsi de; VIANA, Manuela Trindade. Posso fazer um trabalho inteiro sobre um caso específico?. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa. **A prática da teoria do delito**: a Parte Geral do Direito Penal segundo o método estruturado de resolução casos (*Gutachtenstil*). [s.l.], 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 20ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2018.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Volume I, Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte General: Fundamento y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

REYES ALVARADO, Yesid. **El Delito de Tentativa**. Buenos Aires: B de F, 2016.

RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei no 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12/01/20.

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

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Tomo II. Madrid: Civitas, 2014

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1.252.770 RS 2011/0107213-8**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 24/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, DP: DJe 26/03/2015.

TREPAT, Elena Farré. Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. 13, [s.l.], 1990.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Volume II, Tomo II. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.