

Atos preparatórios e executórios na tentativa: teorias, limites e diferenças

Sandro Loureiro Marones*

Sumário: Introdução; 1. Da tentativa e do fundamento de sua punibilidade; 2. Do *iter criminis*; 3. Atos preparatórios e executórios: teorias, limites e diferenças; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho aborda a questão da distinção entre os atos preparatórios e os atos executórios do delito. Para tanto, são analisadas as diversas correntes teóricas existentes a respeito do tema, bem como algumas alternativas para a questão, buscando oferecer uma contribuição útil aos operadores jurídicos envolvidos no sistema persecutório e jurisdicional das Ciências Penais. O estudo sugere que o adequado equacionamento da questão da distinção entre atos executórios e atos preparatórios impõe a conjugação das diversas teorias e critérios relativos à problemática dos limites que envolvem os atos preparatórios e os atos executórios, objetivando delimitar o efetivo início da execução por parte do delinquente.

Palavras-chave: Atos preparatórios; atos executórios; tentativa.

Introdução

O presente estudo tem como marco a análise de uma questão jurídico-penal específica que há muito atormenta os operadores do Direito, tornando-se interessante e relevante na atividade processual-penal da atualidade: os limites que separam e delimitam os atos preparatórios dos atos executórios, no que se refere ao itinerário delituoso.

A análise contextual da matéria revela que a doutrina e a jurisprudência buscam, de forma incessante, regras e critérios que distingam atos executórios dos atos preparatórios, sendo que, de forma ampla, existem várias regras e teorias que abarcam a matéria.

* Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

Neste sentido, o presente trabalho objetiva analisar as diversas correntes e alternativas relativas à questão, à luz da experiência pessoal do autor na labuta diária do processo penal e na análise científica do tema, buscando oferecer uma contribuição, ainda que modesta, aos diversos agentes que atuam no sistema persecutório e jurisdicional das Ciências Penais.

1 Da tentativa e do fundamento de sua punibilidade

O delito doloso, como ação dirigida pela vontade humana, desenvolve-se no tempo e subordina-se a determinadas circunstâncias de ordem causal, na qual a tentativa é a realização incompleta do tipo penal.

A legislação pátria dispõe no art. 14 do Código Penal que o crime encontra-se consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, e tentado quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente. No parágrafo único do referido artigo complementa o legislador dispondo que, salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Segundo Luís Régis Prado,¹ a ação tentada caracteriza-se por uma disfunção entre o processo causal e a finalidade que o direcionava. Para o autor, de acordo com a dicção legal, há tentativa quando, iniciada a execução do fato punível (tipo objetivo), este não se consuma por circunstâncias independentes do querer do agente.

Vislumbra-se, também, que a tentativa constitui-se em um tipo incompleto, pois o elemento subjetivo encontra-se perfeito, não ocorrendo o mesmo com o tipo objetivo, o qual encontra-se falho, sendo sua relevância para o Direito Penal oriunda de uma causa de adequação típica mediata, exigindo o legislador, via de regra, a prática de atos de execução para a configuração do ilícito penal. Portanto, a tentativa é uma extensão da proibição à etapa executiva do delito, que alcança, por conseguinte, desde o começo da execução até que se apresentem todos os caracteres da conduta típica.²

¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, vol. 1, p. 431. O autor cita Carrara com muita propriedade, o qual define a tentativa (conato) como “qualquer ato externo que por sua natureza conduz univocamente a um resultado criminoso, e que o agente dirige com explícita vontade dirigida a esse resultado, mas ao qual não se lhe segue o mesmo evento, nem a lesão de um direito superior ou equivalente ao que se queria violar” (loc. cit.).

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 16.

Tal ampliação da proibição típica dá-se através de uma fórmula geral, constante na Parte Geral dos Códigos, em que os legisladores buscam adequar um conceito substancial à realidade do direito penal vigente na sua época, pelo que, conforme o grau de desenvolvimento de determinada sociedade, o agente é punido não só pelo resultado obtido, mas sim pelo elemento subjetivo de sua conduta.

Neste sentido, o fundamento jurídico e teleológico da punibilidade da tentativa encontra-se presente na defesa e pertinência repressiva dos bens jurídicos tutelados, bem como nos atos e omissões que lhes sejam ofensivos, tendo o Direito evoluído para uma noção eclética de sua repressão subjetiva e objetiva, passando da Teoria Subjetiva (a qual via no elemento subjetivo a razão da punibilidade do ato ilícito, pelo que a pena do *conatus* deveria ser idêntica à pena do delito consumado) para a Teoria Objetiva, que busca, predominantemente, reprimir o perigo ao bem jurídico tutelado.

Aqui, cumpre salientar que o nosso Código Penal, ao menos originariamente, adotou a teoria objetiva, pois o já citado parágrafo único do art. 14 dispõe que “pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.³

Outrossim, cumpre referir a Teoria Mista ou Eclética, a qual resulta da fusão das correntes supracitadas, sendo que a punição do delito imperfeito nada mais é do que

a vontade contrária a uma norma de conduta, mas a punibilidade da exteriorização da vontade dirigida ao delito somente poderá ser afirmada quando por sua causa possa resultar minada a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica e resultar prejudicados o sentimento de segurança e, com ele, a paz jurídica.⁴

Diante do exposto, salvo as exceções legais em que a tentativa é punida com a mesma pena do delito consumado, a sua configuração resulta de uma atividade dolosa dirigida aos elementos do tipo, concomitante a uma ausência de resultado, indesejada pelo agente, emanada de atos executórios objetivamente imperfeitos, os quais possuem especial relevância na análise do *iter criminis* e no aperfeiçoamento incompleto do ilícito constante em abstrato na Lei Penal, gerando perigo ao bem jurídico e conseqüente responsabilização penal de seu causador.

³ A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 refere o seguinte: “Dentro do seu critério dúplice, de medir a responsabilidade do ponto de vista da quantidade do crime e da temibilidade do agente, o projeto dispõe, divergindo da Teoria Subjetiva, que a pena da tentativa é inferior (de um a dois terços) à do crime consumado. Atendeu-se à tradição do nosso Direito e ao sentimento popular, que não consente sejam colocados em pé de igualdade o crime perfeito e o imperfeito”.

⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Madrid: Bosch, 1981, p. 702.

2 Do iter criminis

O delito doloso, enquanto ato dirigido à causação de um resultado, apresenta, ordenadamente, uma trajetória, um desenrolar -o iter criminis- que se compõe das seguintes etapas: cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação.

A tentativa, como já ressaltado, ocorre quando o agente não chega ao objetivo doloso pleiteado, sendo que suas distinções com o delito consumado se operam no plano físico pois, em que pese o elemento subjetivo do agente operar-se no plano externo, o resultado pleiteado fica aquém da vontade, não se operando plenamente no mundo exterior.

Para Zaffaroni e Pierangeli,⁵ o desenvolvimento do crime é um processo contínuo, ininterrupto, em que se pode distinguir ou assinalar todos esses momentos, e outros mais porque, onticamente, não existem limites demarcados nesta linha ascendente, ressaltando os autores que, para o estudo da tentativa interessa assinalar alguns desses momentos, quais sejam: aqueles que são os que o tipo considera, para abraçar, desde logo, o fato dentro do campo do que é proibido ou para dele fazer depender uma consequência prática, fato, que via de regra, não se opera na cogitação e nos atos preparatórios .

A cogitação revela-se no íntimo do agente, naquele momento prévio aos atos executórios, em que o delinquente começa a maquinar e idealizar seus propósitos delituosos. Tal trabalho mental, que algumas vezes é exteriorizado verbalmente, via de regra é alheio ao Direito Penal, pois persiste, ainda hoje, a máxima de Ulpiano: *cogitationis nemo poenam patitur*.

Aqui cumpre ressaltar que a exteriorização dos propósitos somente via de regra não é abarcada pelo Direito Penal, pois inúmeras são as situações em que a manifestação externa de um propósito criminoso revela-se apta à consumação de um delito autônomo, tal como ocorre na ameaça ou nos crimes contra a honra.

Da fase interna, o agente transborda sua vontade para o mundo externo, sendo que, geralmente, passa à prática dos ditos atos preparatórios, objetivando consumir o resultado típico idealizado. Para tanto, realiza condutas como, v. g., armar-se para o ataque, espreitar sua vítima, alugar imóveis próximos ao local do crime.

Via de regra, os atos preparatórios também não são puníveis, ressaltados aqueles casos em que o legislador expressamente especifica a conduta em um tipo penal especial, como é o caso dos petrechos para falsificação de moeda (art. 291 do Código Penal), ou naqueles casos em que se configura uma figura penal autônoma e não abarcada em um eventual concurso aparente de normas, tais como os dispositivos referentes à rigorosa legislação punitiva da posse e porte de armas de fogo.

⁵ Op. cit., p. 15.

Dos atos preparatórios o agente avança para os atos de execução, os quais ocorrem entre a preparação e a consumação do ilícito, sendo que o primeiro limiar constitui-se no objetivo específico do presente trabalho, pelo que nos contentaremos, por enquanto, com o seu conceito genérico para, posteriormente, analisá-lo com mais profundidade quando da sua distinção e limites com os atos preparatórios, ressaltando, porém o conceito de Welzel, para o qual “começam com a atividade com a qual o autor se põe em relação imediata com a ação típica”.⁶

Por fim, quando na atividade criminosa operam-se todos os elementos de sua definição legal dá-se a *consumação*, que nada mais é do que a completa realização do tipo penal, a qual não se confunde com o *exaurimento*, que é o fenômeno que se opera em determinados crimes que possuem em seu tipo penal a descrição de uma ação e de um resultado, mas que a própria Lei dispensa a efetivação deste, de tal forma que o delito consuma-se no exato momento da ação. Tal fenômeno opera-se, portanto, quando, após a ação, sobrevém o resultado pretendido e descrito em abstrato na norma penal, tal como na corrupção ativa (art. 333, do Código Penal) ou na extorsão mediante sequestro (art. 159 do Código Penal).

Zaffaroni⁷ refere e sistematiza que “sempre a consumação é um pressuposto do exaurimento, mas nem em todos os delitos a consumação pode ocorrer em um momento anterior ao do exaurimento”.⁸ Para tanto o autor, seguindo Jescheck, elenca em quatro as espécies de delitos em que a execução é suscetível de apresentar este fenômeno, quais sejam: a) todos os delitos de intenção, de perigo, em que o tipo “adianta” a consumação já no primeiro acontecimento do desenrolar criminoso; b) todos aqueles tipos em que existe uma estrutura reiterativa, como são aqueles que prevêm a repetição de um ou de vários atos; c) aqueles delitos em que o tipo não exige a reiteração de atos, mas esta pode ocorrer em razão do modo da conduta do autor, citando como exemplo a repetição de golpes no delito de lesões corporais; d) os delitos consumados.

⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 260.

⁷ Op. cit., p. 24.

⁸ Sobre a consumação e o exaurimento, Zaffaroni cita as obras de Magalhães Noronha (Direito penal -Parte geral, p. 132), Alberto Silva Franco, Luiz Carlos Betanho e Sebastião Oscar Feltrin (Código penal e sua interpretação jurisprudencial, t. I, p.58); Heleno Cláudio Fragoso e Nelson Hungria.

3 Atos preparatórios e executórios: teorias, limites e diferenças

Como sabemos, a tentativa constitui-se em uma causa de adequação típica mediata, exigindo a lei atos de execução, não tendo o legislador aceito a teoria subjetiva ou voluntarista, a qual contenta-se com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios voltados a realização do tipo.

Portanto, o mero conteúdo da vontade não basta, por si só, para solucionar a questão do *iter criminis*, pois esta diz respeito à culpabilidade, sendo que, segundo José Frederico Marques, a voluntariedade da conduta ativa não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado. O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não à ação. Não se confunde, assim, a voluntariedade da ação (tipicidade) com o juízo sobre a culpabilidade do fato punível e ilícito.

Segundo Welzel,

a tentativa não é um mero processo causal que não produz seu efeito, mas uma conduta que aponta a um resultado escolhido previamente; por conseguinte, uma ação na qual o conteúdo da vontade é um elemento constitutivo. Como se poderia definir de outro modo a tentativa de homicídio, a não ser como uma ação com a qual o autor quer matar a um homem? Se o conteúdo da vontade é uma parte integrante, necessária, da ação, na tentativa, seguirá sendo assim quando se produz o resultado. Em face desse fato, fracassa toda interpretação causal da ação.⁹

Assim, cumpre ao operador do direito a dura tarefa de analisar quando e como começam os atos executórios de determinado delito pois, via de regra, atos preparatórios não são puníveis.

Para tanto, existem diversos critérios para determinar a diferença entre atos preparatórios e atos executórios, os quais, ainda que resumidamente, passaremos a analisar a seguir pois, segundo Zaffaroni,¹⁰ a fórmula legal do “começo de execução” não passa de um indicador geral e fluído, que pouco nos esclarece em cada caso particular, ou seja, quando se torna mister precisá-la para a sua aplicação a uma realidade concreta.

Abstraindo as correntes negativistas, a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando-se de diversas teorias para o estabelecimento de uma delimitação entre as fases preparatória e executória, sendo apontadas como principais teorias aptas a solucionar a questão do início da execução as seguintes: Teoria Objetivo-formal ou da Ação Típica; Teoria Subjetiva; Teoria Objetivo-material ou da Unidade Natural; Teoria Objetiva-individual; Teoria da Univocidade e Teoria do Começo do Perigo Concreto para o Bem Jurídico.

⁹ Op. cit., p. 264.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 6. ed. ver. atual. e ampl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

A *teoria objetivo-formal* tem como ponto de partida a punição de condutas adequadas tipicamente. Nesta linha, o começo de execução somente ocorreria tipo por tipo, ou seja, exigir-se-ia que o agente realizasse, efetivamente, de modo concreto, uma parcela da própria conduta típica descrita em abstrato na norma. Aqui, cabe a ressalva no sentido de que tal teoria, ao menos em tese, seria a mais adequada a um Direito Penal de garantias, pautado pelos princípios da legalidade e da tipicidade, pois, no dizer de Magalhães Noronha,¹¹ a mesma corresponderia melhor ao ideal da justiça e aos interesses sociais.

Com o devido acato ao Ilustre autor, temos que a assertiva não corresponde à melhor solução para a questão pois, ressaltando os argumentos no sentido de que a teoria objetivo-formal seria a mais alinhada com os princípios da tipicidade e da legalidade e, por conseguinte, geradora de uma maior segurança jurídica no trato da matéria, vislumbra-se que diversos são os casos na prática forense em que, nem mesmo em tese, o agente começou a executar o tipo descrito em abstrato na norma penal e já deu início aos atos de execução do delito que objetiva consumir.

Citando-se como exemplo o caso amplamente difundido nos manuais de Direito Penal, em que o ladrão é surpreendido no pátio de uma residência onde pretende ingressar e subtrair bens ou, também, daquele assaltante que ingressa armado no estabelecimento comercial da vítima e, antes de sacar a arma é surpreendido e rendido pela segurança do local.

Outro não é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt, para quem

existem atos tão próximos e quase indissociáveis do início do tipo que merecem ser tipificados, como, por exemplo, alguém que é surpreendido dentro de um apartamento, mesmo antes de ter subtraído qualquer coisa; poderá ser-lhe imputada a tentativa de subtração? Mas ele iniciou a subtração? Por isso, se tem aceitado a complementação proposta por Frank, que inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem, como parte integrante dela, segundo uma concepção natural, como é o caso do exemplo supra referido.¹²

A *teoria subjetiva*, por sua vez, é hoje um posicionamento que, por si só, não põe termo à questão, eis que ancora-se na abstração da análise do operador do direito, das reais intenções e objetivos do agente delituoso. É nessa questão que reside o seu postulado, sua imperfeição e insegurança sistêmica pois, como bem refere Zaffaroni, a teoria subjetiva

¹¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 123. O autor citado refuta a teoria subjetiva, ressaltando que seria difícil de imaginar um ataque ao bem jurídico tutelado pela norma (e, portanto, punível), sem que se dê nas condições impostas pelo tipo penal.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 3. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1, p.364.

possui o inconveniente de elevar o critério individual do autor a determinante do limite do proibido, quando, em realidade, se necessita, precisamente, do critério de um terceiro, ou seja, de um observador supra-individual.¹³

Nesta linha de raciocínio os tipos penais não são descritivos de meras causações de resultados, mas de processos determinados teleologicamente, com um sentido próprio que os controle (ação do agente). Para a teoria subjetiva, a tentativa inicia-se conforme o plano individual do autor. Por isso, segundo Luís Régis Prado, “a tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, se coloca em relação imediata com a realização do tipo delitivo”.¹⁴

Outrossim, cumpre referir que tal teoria seria de aplicação inviável na nossa legislação penal, pois a determinante do conceito de “começo de execução” não poderia ficar restrita a subjetivismos e aspectos internos e abstratos da finalidade do próprio autor do ilícito.

A *teoria objetivo-material* ou da *unidade natural*, inclui na tentativa as ações que, em virtude de sua vinculação necessária com a ação típica, “aparecem como parte integrante dela, segundo uma ‘concepção natural’, pelo que, só há ato executivo se estiver em conexão necessária com a ação típica”¹⁵ (complemento material da teoria objetivo-formal).

Essa teoria, sem dúvida, complementa o dito critério material, no qual há ato executório quando a conduta do agente ataca o bem jurídico e o critério formal, que se aperfeiçoa quando o agente dá início à realização do tipo, sendo que, como ressaltado, o critério material possui severas impropriedades, pois diversos são os casos em que os atos preparatórios geram perigo ao bem jurídico.

O critério formal, por sua vez, também possui imperfeições gritantes, pois o começo da execução exige o início da realização do tipo, ou seja, da conduta descrita no verbo nuclear, fato que não soluciona grande parte dos casos postos em julgamento no sistema jurisdicional.

Assim, a *teoria objetivo-material* possui o condão de sistematizar tais postulados, a qual é defendida por Welzel¹⁶ e citada com muita propriedade por Damásio Evangelista de Jesus.¹⁷

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 6. ed. ver. atual. e ampl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

¹⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, vol. 1, p. 434.

¹⁵ *Ibid.*, p. 433.

¹⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 264.

¹⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, Vol. 1, p. 333.

Segundo Welzel, é necessário distinguir-se “*começo de execução do crime*” e “*começo de execução da ação típica*”, pois quando o agente executa o verbo nuclear da figura típica está, efetivamente, executando a ação típica do delito previsto em abstrato na Lei Penal. Ocorre, como já ressaltado, que existem casos em que o começo da execução do crime prescinde da execução do verbo nuclear, pois para a teoria objetivo-material o conceito do *começo de execução do crime* é mais amplo que o conceito de *começo de execução da ação típica*.

Tal teoria, em nosso entendimento, amolda-se, inclusive, ao Código Penal vigente, pois o art. 14, inciso II, do aludido diploma fala em início de execução do crime, e não em início de execução da ação típica, sendo de ressaltar que a teoria objetiva visa, tão-somente, uma complementação à teoria formal objetiva.

Zaffaroni refere que esta fórmula de Frank “é um apelo à “concepção natural”, ou seja, ao ‘uso da linguagem’, de acordo com a qual apontar ou sacar uma arma seria já ‘começar a matar’, e não o seria se atentarmos para o sentido estrito da palavra”.¹⁸ Tal ressalva, com a qual concordamos, impõe ao operador do Direito a exigência de que a vinculação com a realização típica seja imediata, no sentido de anterioridade à execução do próprio verbo nuclear do tipo, sem nenhum outro ato posterior que lhes seja precedente.

Nesse cenário, surge a **teoria objetivo-individual**, com o que concordamos com Zaffaroni no sentido de que tal teoria não deixa de ser uma teoria objetiva-material, que se constitui em outra forma de aperfeiçoamento das teorias objetivas.

Tal teoria evolui da concepção natural no sentido de que esta torna imprescindível a existência de um terceiro observador delimitando que a próxima etapa será o início da ação típica, fato que, ao menos em tese, soluciona-se com a teoria objetivo-individual, pois a imediatidade do ato deve se estabelecer em conjugação com o plano do agente delituoso.

Zaffaroni acredita que a **teoria objetivo-individual** possa servir de base para a análise indagatória do tema, ressaltando que segundo este entendimento:

- a) o “começo de execução do delito” não é o “começo de execução da ação típica”;
- b) o começo de execução do delito abarca aqueles atos que, conforme o plano do autor, são imediatamente anteriores ao começo de execução da ação típica (e, logicamente, também o começo de execução da ação típica);

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 6. ed. ver. atual. e ampl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 50. O autor refere que o apelo ao uso da linguagem tem o inconveniente próprio de tais critérios, vale dizer, sua nebulosidade e geral indefinição.

c) um ato parcial será imediatamente precedente da realização da ação típica quando entre este e a ação típica não exista outro ato parcial; d) para se determinar se há ou não outro ato parcial intermediário dever-se-á tomar em conta o plano concreto do autor, e não o que possa imaginar um observador alheio.¹⁹

Finalizando, a **teoria da univocidade**, defendida por Carrara, postula que os atos preparatórios seriam equívocos, pois poderiam ser dirigidos tanto para a prática de atos ilícitos como para a prática de atos lícitos. De outra banda, os atos executivos seriam unívocos, pois dirigidos diretamente à comissão delituosa.

Assim, os atos distantes seriam equívocos enquanto os próximos seriam inequívocos e, portanto, executórios, sendo que a proximidade com os atos executórios consubstanciaria-se na expressão inequívoca de uma vontade criminosa dirigida a um fim determinado, fato que geraria a necessidade de intervenção do Direito Penal.

Os postulados da teoria da univocidade, além de provocar uma repetição de terminologias de proximidade e afastamento do tipo, são insuficientes e imprecisos para a delimitação do problema, servindo, isso sim, como mais um complemento à análise sistêmica da matéria.

Aqui cabe ressalva no sentido de que, em que pese as críticas, a teoria da univocidade foi de elevada importância no direito brasileiro como forma de rompimento inicial com a teoria formal objetiva, dando, assim, força a análise, ainda que rarefeita, dos critérios de imediatidade na análise do *iter criminis*. Nesse sentido, o seguinte julgado do TACRSP: “A diferença entre ato preparatório e começo de execução é a equivocidade ou univocidade do ato exterior. Comprar veneno é equívoco – colocar veneno no copo da vítima é unívoco” (JTACRIM – 64/256).

O mesmo problema ocorre com a **teoria do começo do perigo concreto para o bem jurídico**, a qual foi concebida por Mayer e Vannini, e defende que o ato constitui-se em executório quando põe em perigo concreto o bem jurídico tutelado, sendo que aquele ato preparatório que não é causador de qualquer perigo é alheio à esfera da tipicidade. Ocorre, que o perigo, por si só, não tem utilidade como critério, sendo inviável a fixação segura de limites em sua evolução. Ademais, o perigo é um componente eventual da tentativa, não estando presentes em todas as hipóteses de execução criminosa.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 6. ed. ver. atual. e ampl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

Considerações finais

A análise sistemática da matéria realizada no presente trabalho revela a necessidade da conjugação das diversas teorias e critérios relativos à problemática dos limites que envolvem os atos preparatórios e os atos executórios, objetivando delimitar o efetivo início da execução por parte do agente criminoso.

Como ponto inicial, deve o operador do direito ater-se aos postulados da teoria formal-objetiva, visto que balizada pelo Princípio da Tipicidade.

Outrossim, deve o operador do direito ter em mente que tal teoria não resolve a grande gama de questões e fatos postos em julgamento na prática jurídica, visto que sua característica extremamente restritiva faz necessária a conjugação de critérios materiais-subjetivos, na qual poderão ser utilizados, inclusive, os postulados de unidade natural da ação, início do ataque ao bem jurídico e elemento volitivo exteriorizado, tudo analisando-se o caso concreto e as peculiaridades do tipo penal executado.

O operador jurídico deve, também, romper com as amarras do conceito de “começo de execução da ação típica”. Isto porque tal conceito difere do “começo de execução do crime”, o qual é mais amplo e abarca situações em que o agente não executa o verbo nuclear da figura típica, sendo que, em princípio, os atos executivos são abarcados pelo núcleo típico, mas, incluem, sem dúvida, os atos periféricos e imediatamente anteriores, os quais devem ser conjugados com a sistemática de garantias do ordenamento jurídico e com os princípios constitucionais vigentes.

Destarte, um ato parcial será imediatamente precedente da realização da ação típica quando entre este e a ação típica não exista outro ato parcial, utilizando-se para tanto o plano concreto do autor e o sentimento lógico dos atos humanos, tendo, como já ressaltado, a teoria objetivo-formal como ponto de partida e as teorias objetivo-material e objetivo-individual como balizadoras dos casos mais abstratos e periféricos.

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Madrid: Bosch, 1981.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. 1.
- MARQUES José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1965. Vol. 2.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, Juarez, *Teoria do Injusto Penal*, 3. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970.