

**XXXII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO PAULO - SP**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-319-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Tivemos a oportunidade de coordenar a apresentação dos excelentes trabalhos do GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição I. Novamente, foi possível identificar o estado da arte da dogmática penal sendo discutidos por pesquisadores de Norte a Sul do país.

Inicialmente, Beatriz Azevedo e Giovanna Souza apresentaram texto sobre crimes de resultado e imputação objetiva no caso do Boeing 737 Max. A partir da categoria dos riscos proibidos, presente na referida teoria, defendem a possibilidade da imputação objetiva ainda em que atividades remotas, especialmente em contextos corporativos.

Sebastian Mello e Beatriz Azevedo discutiram os relatórios de inteligência financeira do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e a (i)legalidade de sua utilização. São trabalhadas a jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como a constitucionalidade de relatórios obtidos na informalidade.

O persistente tema da corrupção é discutido por Camila Costa e Sebastian Mello. Os autores trazem diferenciação entre as corrupções cotidianas e os esquemas de corrupção que normalmente ganham as manchetes midiáticas. São trazidas as diferenciações legais, além da discussão de casos paradigmáticos julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

As práticas laborais abusivas e sua criminalização, no âmbito internacional, são discutidas por Alexander Rodrigues de Castro, Pedro Henrique Facco, João Marcos Mariani Junior. São tratados, além do tema da política criminal, os reflexos das práticas no tocante aos direitos da personalidade e dos direitos humanos das vítimas.

A seguir, os mesmos autores, trabalham o atual tema do direito ao esquecimento, normalmente tratado de forma restrita ao direito constitucional, é analisado também em termos dos processos de criminalização. São identificados o direito à honra e intimidade como forma de prevenir futuros processos de estigmatização. Desta forma, está violada não apenas a dignidade humana do sujeito criminalizado, assim como a de seus familiares.

Tema também contemporâneo é o da lavagem de dinheiro e dos jogos de azar "online", analisado por Roberto Carvalho Veloso, Wendelson Pereira Pessoa e Monique Leray Costa. Os autores trabalham, em perspectiva comparada, com as regulamentações da Colômbia

(pioneira em normatizar a questão na América Latina) e a brasileira. Os autores defendem que, para além de regulação administrativa, é importante também a criminalização da conduta como forma de atenuar o problema.

O persistente problema do sistema prisional é discutido por Roberta Karina Cabral Kanzler , Wendelson Pereira Pessoa , Camila Kanzler Catunda da Silva. É debatida a questão da reinserção social enquanto (im)possibilidade de finalidade da pena, bem como trazida a teoria crítica da pena de Zaffaroni para o diálogo.

Os mesmos autores discutem o acordo de não persecução penal não apenas em termos dogmáticos, mas também na perspectiva político-criminal. Ao trabalhar o instituto, trazem o desenho legislativo previsto na Lei 13/964/2019 e problematizam a questão a partir do binômio eficiência x eficácia das garantias constitucionais fundamentais.

O trabalho, intitulado "PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO QUATERNÁRIA: DADOS E REALIDADE SOBRE A (IN)TRANSCENDÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL EM IJUÍ", de autoria de Thiago dos Santos da Silva, Emmanuelle de Araujo Malgarim e Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi, tem como objetivo geral apresentar o papel da pesquisa acadêmica em direito sobre temas complexos, a partir da análise das condições de vulnerabilidade social e criminalização, explicitando as diversas violações dos princípios da dignidade humana e da personalidade da pena sofridas por familiares de pessoas encarceradas. A pesquisa qualitativa e exploratória questiona a efetividade do princípio da personalidade da pena no sistema carcerário brasileiro, focando em como a pena transcende o corpo do condenado, atingindo seus familiares.

A seguir, foi apresentado o texto intitulado "DESAFIOS E POSSIBILIDADES DE REINTEGRAÇÃO PELA LEITURA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PROJETO DE EXTENSÃO “LEITURA E EXISTÊNCIA” DA UNIJUÍ", de autoria de Thiago dos Santos da Silva, Patrícia Borges Moura e Patricia Marques Oliveski, tem como objetivo geral apresentar o projeto “Leitura e Existência” e o papel do letramento literário na reinserção social de apenados, como reforço ao direito à remição pela leitura, com foco na PMEI. O estudo analisa o papel da universidade na implementação da remição pela leitura, confirmando a hipótese de que o letramento literário fortalece a reinserção social e garante a dignidade das pessoas privadas de liberdade.

O objetivo do artigo "O CRIME DE ROUBO PRATICADO NO PERÍODO NOTURNO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA E A ANÁLISE DA

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA" é analisar criticamente a possibilidade de majorar a pena-base do roubo apenas pelo horário noturno. Os autores, Yuri Anderson Pereira Jurubeba, Bruna Patricia Ferreira Pinto e Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba, concluem que a jurisprudência do STJ rechaça essa majoração isolada, exigindo fundamentação específica para evitar violação ao princípio da legalidade estrita e aos direitos fundamentais do acusado.

Os mesmos pesquisadores examinam os desafios processuais da Lei nº 15.123/2025, que aumentou a pena para crimes de violência psicológica contra a mulher com uso de IA. O artigo conclui que é premente a instituição de protocolos específicos de cadeia de custódia para prova digital, visando garantir a autenticidade e integridade da prova e a segurança jurídica.

André Vecchi e José Luiz de Moura Faleiros Júnior são os autores do ensaio "RESPONSABILIDADE PENAL DOS SISTEMAS AUTÔNOMOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS JURÍDICAS FRENTE À DOGMÁTICA DO DELITO". O objetivo do trabalho é tentar vislumbrar a possibilidade de atribuir responsabilidade penal a sistemas inteligentes que causem lesões a bens jurídicos relevantes. O ensaio aborda as dificuldades de responsabilização das máquinas frente à dogmática penal atual, que se vê desafiada pelo surgimento da Inteligência Artificial.

A seguir, André Vecchi e Luciano Santos Lopes trabalham soluções para a aferição da tipicidade subjetiva no crime de lavagem de capitais, analisando se sua prática é possível apenas na modalidade dolo direto ou se também é admissível o dolo eventual. O artigo "A Imputação Subjetiva no Crime de Lavagem de Capitais" busca fixar parâmetros dogmáticos e propor soluções para as dificuldades probatórias da imputação subjetiva no processo penal.

José Guimarães Mendes Neto, Lucas Rafael Chaves de Sousa e Thiago França Sousa são os autores do trabalho "TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL E VEDAÇÃO À REVITIMIZAÇÃO: ANÁLISE DA ADPF 1107 E DOS PROTOCOLOS DO CNJ PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO". O objetivo do estudo é investigar como a ADPF 1107 e os Protocolos do CNJ ressignificam a teoria da prova no processo penal, a partir da vedação à revitimização. O trabalho conclui que a tutela da dignidade da vítima se torna um novo pilar da dogmática probatória, exigindo reforma cultural dos operadores do Direito.

Wanderson Carlos Medeiros Abreu, Thiago França Sousa e Lucas Rafael Chaves de Sousa são os autores do trabalho "A ATIPICIDADE DO LINCHAMENTO NO DIREITO PENAL

BRASILEIRO: INCONGRUÊNCIAS DOGMÁTICAS E POLÍTICO-CRIMINAIS E CAMINHOS PARA O ENFRENTAMENTO INSTITUCIONAL". O objetivo do trabalho é identificar as incongruências dogmáticas e falhas político-criminais decorrentes da ausência de um tipo penal próprio para o linchamento no Brasil. O artigo propõe a reformulação do direito penal, com a criação de um tipo penal específico ou qualificadora, para oferecer uma resposta institucional mais proporcional a esse fenômeno de violência coletiva.

Em seguida foi apresentado o trabalho "A ARQUITETURA LEGISLATIVA DA PUNIÇÃO: COALIZÕES, NECROPOLÍTICA E A PRODUÇÃO SELETIVA DA POLÍTICA CRIMINAL NO CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO PÓS-1988", de autoria de Kennedy Da Nobrega Martins, Alexandre Manuel Lopes Rodrigues e Lucas Victor De Carvalho Gomes. O objetivo é analisar como o Congresso Nacional, pós-1988, produziu e consolidou um modelo de política criminal seletiva, atravessado por coalizões e uma racionalidade necropolítica. O artigo conclui que a seletividade penal é uma escolha política que esvazia a promessa constitucional de cidadania universal.

João Pedro Rêgo Balata, Emanuelle de Alencar Pereira e Wanderson Carlos Medeiros Abreu são os autores do artigo "A AMEAÇA DO CARÁTER SUBJETIVO DO DEPOIMENTO ESPECIAL ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS EM CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTO-JUVENIL". O objetivo é examinar como o caráter subjetivo do depoimento especial (Lei n.º 13.431/2017) tensiona garantias processuais como o contraditório e a ampla defesa. O trabalho busca evidenciar os dilemas do instituto e a necessidade de maior rigor metodológico e parâmetros claros de confiabilidade, sem perder sua função protetiva.

Deise Neves Nazaré Rios Brito e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues Investigam como a midiática interfere na distinção entre dolo eventual e culpa consciente em casos de grande repercussão social no Brasil a partir de 2010, examinando fundamentos teóricos e propondo diretrizes de mitigação. O trabalho utiliza metodologia qualitativa com análise de casos paradigmáticos (Boate Kiss, Mariana, Brumadinho, Nardoni e Mariana Ferrer), demonstrando que a cobertura midiática dilui fronteiras dogmáticas entre institutos penais, favorece responsabilização pelo resultado e fragiliza presunção de inocência e devido processo legal, comprometendo imparcialidade judicial e segurança jurídica.

Por fim, Lucas Nacur Almeida Ricardo, Ana Carolina Letayf Campos e Luciano Santos Lopes analisam a diferenciação entre atos de preparação (impuníveis) e atos de execução (puníveis como tentativa) no iter criminis, propondo critérios interpretativos para o conceito de "iniciada a execução" mediante precedente vinculante. O artigo analisa o art. 14, II, do Código Penal, expõe teorias justificadoras da punição da tentativa, examina jurisprudência do

STJ que adota a teoria objetivo-formal e problematiza esse posicionamento por potencialmente gerar decisões desproporcionais e proteção penal insuficiente, considerando as obrigações processuais positivas do Estado de proteger bens jurídicos e vítimas, buscando equilíbrio entre legalidade e tutela efetiva.

Foi um privilégio poder acompanhar tantas discussões de excepcional nível acadêmico. Que venham os próximos encontros e debates!

São Paulo, Primavera de 2025.

Gustavo Noronha de Ávila

Rogério Luiz Nery Da Silva

PUNIBILIDADE DA TENTATIVA: ENTRE A PREPARAÇÃO E A EXECUÇÃO

PUNISHABILITY OF ATTEMPT: BETWEEN PREPARATION AND EXECUTION

Lucas Nacur Almeida Ricardo
Ana Carolina Letayf Campos
Luciano Santos Lopes

Resumo

O artigo discute a questão dogmático-penal acerca de quando a conduta pode ser considerada típica no iter criminis, especificamente ao diferenciar atos de preparação (em geral, impuníveis) e atos de execução (puníveis como tentativa). Partindo da análise do art. 14, inciso II, do Código Penal, o texto expõe, inicialmente, as principais teorias que justificam a punição da tentativa, destacando a importância de se delimitar o grau de desenvolvimento da conduta para fins de tipicidade. Em seguida, o artigo aprofunda a dificuldade prática e doutrinária de separar os atos preparatórios dos atos executórios. Analisa-se, ainda, decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que demonstram uma inclinação pela teoria objetivo-formal. No entanto, o texto problematiza esse posicionamento, enfatizando que, à luz das obrigações processuais positivas — ou seja, do dever do Estado de proteger efetivamente bens jurídicos e vítimas —, a adoção estrita da teoria objetivo-formal pode ocasionar decisões desproporcionais e com insuficiente proteção penal. Ao final, propõe-se a utilização de um catálogo de critérios interpretativos para o conceito de “iniciada a execução”, por meio da adoção de um precedente vinculante, de modo a oferecer maior segurança jurídica, respeitando tanto o princípio da legalidade quanto o dever de tutela de bens jurídicos relevantes.

Palavras-chave: Crime tentado, Objetivo-formal, Atos preparatórios, Atos executórios, Consumação

Abstract/Resumen/Résumé

The article discusses the dogmatic-criminal issue regarding when conduct can be considered typical within the iter criminis, specifically differentiating preparatory acts (generally not punishable) from executive acts (punishable as an attempt). Starting from an analysis of Article 14, section II of the Brazilian Penal Code, the text initially presents the main theories that justify the punishment of attempted crimes, highlighting the importance of delimiting the degree of development of the conduct for the purposes of typification. Next, the article delves into the practical and doctrinal difficulties involved in distinguishing preparatory acts from executive acts. It also examines decisions by the Superior Court of Justice (STJ) that indicate a leaning toward the objective-formal theory. Nevertheless, the text challenges this stance, emphasizing that, in light of positive procedural obligations—i.e., the State's duty to effectively protect legal rights and victims—strict adherence to the objective-formal theory

can lead to disproportionate decisions and insufficient legal protection. Finally, the article proposes the use of a catalog of interpretive criteria for the concept of “commencing execution,” through the adoption of a binding precedent, in order to provide greater legal certainty while respecting both the principle of strict legality and the duty to protect relevant legal assets.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Attempted crime, Objective-formal, Preparatory acts, Executive acts, Consummation

1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho tem por finalidade analisar, sob o viés dogmático-penal, a partir de qual grau de desenvolvimento a conduta pode ser considerada típica.

O problema verificado consiste na dificuldade prática de se diferenciar os atos preparatórios e os atos executórios, sendo certo que a relevância prática reside na punibilidade ou não de uma conduta.

Ao adotar o atual modelo de organização política e jurídica em que o poder estatal se fundamenta nos princípios democráticos e está limitado pelas normas jurídicas, o legislador constituinte quis garantir direitos e liberdades individuais, sujeitando o Estado ao respeito às regras e valores constitucionais.

Não por outro motivo, o ponto de partida para a análise do problema será a redação do artigo 14, inciso segundo, do Código Penal, que positiva, ainda que de maneira aberta, a definição de crime tentado como “quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Mais à frente, em seu parágrafo único, o legislador definiu que “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

Assim, a lei brasileira garante abertura para a construção de teorias, já que não traz uma definição clara sobre o que seria “execução” – atos executórios -, deixando a cargo do intérprete essa árdua missão.

Adiante, a dinâmica de fundamentação deste ensaio passará pela análise de um caso concreto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim se propõe, de forma que tal recorte epistêmico possa auxiliar na testagem do argumento decisional utilizado. Tal metodologia, pensa-se, é capaz de fomentar maiores (e necessárias) interrelações entre o raciocínio dogmático e a aplicação das normas no ordenamento jurídico (Direito enquanto manifestação fenomênica).

Antes de tecer maiores considerações sobre a problemática apontada, faz-se necessária a apresentação dos principais fundamentos para a punição da tentativa.

2. FUNDAMENTO DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA.

Retomando uma expressão apresentada no início da introdução, e para organizar os limites da tipicidade penal, o “grau de desenvolvimento da conduta” refere-se a até que ponto uma conduta humana (ação ou omissão) se adequa à descrição de um crime prevista

em lei (tipicidade formal) e se essa ação realmente atinge ou coloca em perigo um bem jurídico protegido (tipicidade material). Trata-se da verificação acerca da capacidade de a conduta ser típica de um crime, ou seja, se ela se encaixa em um tipo penal e se essa ação possui relevância penal.

Neste sentido, não há dúvida que se deve exigir um determinado grau de desenvolvimento, sob pena de ofensa à segurança jurídica, que é pilar do Estado Democrático de Direito (FERNANDES, 2021, p. 332).

Trata-se, em uma análise última, de respeito ao princípio constitucional da legalidade. Neste sentido:

O respeito à legalidade ainda fica condicionado à interpretação do Direito no plano da sua concretização. A simples inscrição do referido princípio no ordenamento jurídico positivado, em especial na Constituição Federal, contribui para a inibição do arbítrio do intérprete do Direito na aplicação da norma ao caso concreto. Certo é que não se pode conceber a verificação retórica da afirmação da legalidade no plano normativo, sem a respectiva eficácia aplicativa na situação concreta. (LOPES, 2013, p. 99).

Mais especificamente ainda, pode se afirmar que se trata da aplicação de uma função positiva do referido princípio da legalidade:

Por isso mesmo é que se pode afirmar que a legalidade assume funções distintas. Batista descreve duas delas. A primeira é a perspectiva negativa, ou de garantia. Tem como finalidade a eliminação de penas ilegais e serve para oferecer garantias ao indivíduo contra eventuais abusos do Estado. Percebe-se a necessidade de determinação de um limite bem definido para a atuação estatal, no exercício de seu poder punitivo. Esta função da legalidade representa uma conquista da ordem jurídica democrática que deve obediência às exigências de justiça e igualdade entre os cidadãos.

A outra função da legalidade é a constitutiva (positiva). Em atenção ao princípio, cria-se o tipo legal de crime com regras e limitações necessárias. A pena também é constituída desta forma. É função exclusiva da lei, no monopólio punitivo do Estado, a elaboração de normas incriminadoras de condutas proibidas/ordenadas, com a sanção penal correspondente e igualmente cominada de forma prévia.

Em resumo, a definição da punibilidade da tentativa dá ensejo à garantia constitucional da legalidade, posto que tangencia a discussão do juízo de tipicidade.

Uma premissa, por evidente: a tentativa somente ser considerada em alguns tipos penais específicos. Assim, não admitem a sua forma tentada, os culposos,

unissubsistentes, omissivos próprios, habituais próprios e contravenções penais. Além disso, crimes preterdolosos e de perigo abstrato também não são passíveis de tentativa.¹

Adiante.

Como bem afirmado por Zaffaroni e Pierangelli, é preciso se ter em consideração que o delito se inicia com uma ideia na mente do autor, avançando cronologicamente por meio de um processo que abrange a “concepção (ideia criminosa), a decisão, a preparação, a execução, a consumação e o exaurimento chegando a afetar o bem jurídico tutelado na forma descrita pelo tipo” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2019, p. 621). Esse processo de cogitação, preparação, execução e consumação do delito é chamado de *iter criminis* (BITENCOURT, 2025).

Nem todo o *iter criminis* pode ser punido, porque se assim fosse a segurança jurídica estaria comprometida, já que estaríamos punindo o pensamento por si só – etapas internas do autor –, o que afrontaria não apenas a já citada segurança jurídica, mas também o princípio jurídico elementar segundo o qual o pensamento não pode suportar pena, também conhecido como *cogitationis poenam nemo patitur* (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2019, p. 621).

Repete-se. Na estrutura da teoria do crime, os atos preparatórios são condutas realizadas previamente à execução de um crime, mas que ainda não constituem o início dela (execução da conduta típica) propriamente dita. Então, via de regra, a preparação, por si só, não é punível. Contudo, há algumas poucas exceções, com previsão legal de punição de atos preparatórios. Veja-se um exemplo dessas situações excepcionais, no artigo 291 do Código Penal: “Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda.”

Os atos preparatórios, nestes casos excepcionais, alçam a condição de execução da figura típica propriamente dita.

Seguindo no argumento, parte da doutrina tentativa é punida com base no critério objetivo de ofensa ao bem jurídico. Nesse sentido, conforme Mir Puig (2005, p. 336):

¹ Em relação aos tipos penais com dolo eventual, veja-se o posicionamento de Figueiredo Dias: “De algum modo no outro extremo se posicionam autores para quem a tentativa é incompatível com o dolo eventual: a decisão criminosa em causa na tentativa só poderia ser imputada ao agente nos quadros do dolo directo, mesmo sob a sua forma mais estrita, a da intenção; A doutrina majoritária, portuguesa e estrangeira, acompanhada de resto pela jurisprudência nacional dominante, não aceita esta restrição. Do nosso ponto de vista, com razão (...)” (DIAS, 2007, p. 694/695).

Neste mesmo sentido, entendendo ser possível a tentativa em face do dolo eventual, veja-se na doutrina brasileira a posição de Paulo Queiroz (2014). Já em sentido contrário: “(...), defendemos concepção diversa, ou seja, para reconhecer a tentativa é necessário que o dolo seja direto, (...)” (MARTINELLI; SCHMITT DE BEM, 2021, p. 724).

“Las teorías objetivas sostienen que la razón del castigo es la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Ello explicaría que, aun dirigidas por una misma finalidad subjetiva, se castiguen de diversa forma la preparación (cuando es punible), la ejecución imperfecta y la consumación.”

Tal forma de pensar é conhecida por Teoria Objetiva, também denominada Realística ou Dualista, tendo como critério o risco criado para o bem jurídico, partindo de premissas objetivas.

Como variante desta teoria objetiva (de cunho material), há a sua vertente formal-objetiva. Neste sentido: “o início da execução coincide com a prática do núcleo do tipo. Deve-se analisar isoladamente o verbo e os comportamentos praticados, reconhecendo o início da execução quando a conduta do agente estiver direta e necessariamente relacionada ao núcleo.” (MARTINELLI; SCHMITT DE BEM, 2021, 717). Trata-se da teoria mais aceita (BITENCOURT, 2025), a partir da previsão legal no art. 14, parágrafo único, parte geral do Código Penal, que prevê a causa de diminuição de 1/3 a 2/3 para o crime tentado.²

Por outro lado, os defensores de uma Teoria Subjetiva, também chamada de Voluntarística ou Monista, utilizam como critério principal a vontade do agente, o aspecto subjetivo do delito, razão pela qual a punição da intenção de produzir o resultado é punida da mesma forma que o resultado em si. De acordo com Martinelli e Schmitt de Bem (2021, p. 717): “para esta teoria, que não se mantém na atualidade, o decisivo para distinguir os atos preparatórios dos executórios é a opinião do autor acerca de seu plano criminal. Serão atos de execução aqueles que, para o sujeito, já constituem a fase decisiva de seu plano”

Neste caso (da teoria subjetiva), a punição da tentativa deve ser idêntica à do delito consumado, pois a punibilidade do fato punível se expressa através da vontade delituosa. Ainda, essa vertente subjetiva é adotada em relação a alguns delitos, a partir da autorização contida na expressão “salvo disposição em contrário” do parágrafo único do artigo 14 do Código Penal – “crimes de atentado ou de empreendimento”, que são aqueles positivados com a mesma punição na modalidade consumada ou tentada³.

² Contudo, de forma divergente, para Fragoso (2006), a legislação brasileira adotou a Teoria objetivo-material.

³ Como exemplo pode-se citar o artigo 309, do Código Eleitoral, no qual se sujeita a igual pena o eleitor que vota ou tenta votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem.

Todavia, há quem pense diferente: “Esse critério já não é aplicável por se fundamentar na ideia do agente e permitir a punição por tentativa a atos penalmente irrelevantes, como comprar uma faca.” (MARTINELLI; SCHMITT DE BEM, 2021, p. 717).

Há, ainda, uma teoria que fundamenta a punibilidade da tentativa a partir da periculosidade do agente. A chamada Teoria Sintomática adota um critério eminentemente positivista – Escola Positivista (LOMBROSO, 2007) -, permitindo, em tese, a punição da tentativa inidônea, o que evidencia sua incompatibilidade com o artigo 17, do Código Penal – crime impossível.

Por sua vez, alguns adotam a chamada Teoria da Impressão (ou objetiva-subjetiva), segundo a qual a punibilidade da tentativa se justifica para “qualquer conduta que produz, no seio da comunidade, a impressão de uma agressão ao direito, e mediante a qual fica prejudicada a sua firme validade na consciência da comunidade” (MEZGER, 1955). De acordo com Mir Puig:

c) las teorías mixtas, mantenidas en la actualidad por un importante sector de la doctrina alemana (así Jescheck), parten de la voluntad delictiva como fundamento del castigo, pero creen necesario delimitar éste por exigencias objetivas, como la de que o hecho produzca una conmoción de la colectividad (teoría de la impresión o conmoción). En otras palabras, el objeto de la punición sería la voluntad, pero el merecimiento de pena lo decidiría la conmoción del sentimiento de seguridad de la colectividad.” (MIR PUIG, 2005, p. 337).

Pois bem, estabelecidas as principais teorias sobre a punibilidade da tentativa, passa-se ao ponto central do presente trabalho, que é a distinção entre atos preparatórios e atos executórios.

3. DISTINÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTÓRIOS.

Não é novidade que a parte geral do Código Penal, em seu artigo 14, inciso segundo, delimitou a punição do crime tentado a partir de quando “iniciada a execução”. Portanto, considerando que os atos preparatórios são, em regra, impuníveis – a exceção fica por conta dos “crimes obstáculo”, que são aqueles em que o legislador positivou como tipo penal ato preparatório -, a definição dos atos executórios possui tanta dificuldade quanto relevância prática.

Neste ponto, cirúrgico é o apontamento de Viana quando afirma que nem a doutrina, nem a prática forense conseguiram delimitar a separação clara entre tentativa e preparação, sendo certo que “esse limite expressa, preponderantemente, a métrica entre os comportamentos penalmente irrelevantes e os penalmente relevantes”, caracterizando uma “zona crítica da dogmática penal” (VIANA, 2020, p. 69).

Diante da dificuldade, alguns adotam as chamadas teorias negativas, que, sinteticamente, afirmam a impossibilidade de distinguir atos de preparação de atos de tentativa. Contudo, diante da insegurança jurídica, esta não se mostra a solução mais adequada, razão pela qual surgiram várias teorias buscando responder a seguinte pergunta: a partir de quando estamos diante de atos executórios?

Recorrendo à literatura penal clássica, para Hungria (1978) o critério para definição de ato executivo é o ataque ao bem jurídico – teoria da hostilidade ao bem jurídico –, de modo que será ato preparatório aquele que não ataca o bem jurídico. O autor, salvo melhor juízo analítico, parece adotar a teoria objetiva, com seu viés material.

Já para os defensores de uma teoria formal-objetiva, o início dos atos de execução – e da tentativa, conseqüentemente – depende da prática do verbo contido no núcleo do tipo penal.

Outra teoria de grande relevo para a resposta ao problema é aquela que adota um critério material, também chamada de teoria material-objetiva de Frank, segundo a qual deve ser feita uma ampliação e complementação da teoria formal-objetiva. Para essa vertente (FRANK *apud* VIANA, 2020), basta o “começo da realização da ação” para a caracterização da tentativa, “ainda que o autor precisasse (ou desejasse) empreender mais ações para a causação do resultado. Portanto, o início da execução é caracterizado por todas as ações que, em razão da conexão com a ação típica, aparentam ser uma parte natural dessa”.

Uma outra teoria com certa base objetiva, mas que possui uma exigência relacionada à representação do indivíduo, é a teoria subjetiva-objetiva, também conhecida como teoria individual-objetiva. De acordo com (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2019, p. 626), para estabelecer a diferenciação, este critério leva em consideração o “plano concreto do autor – daí a razão do individual – não se podendo distinguir entre ato executivo e preparatório sem a consideração do plano concreto do autor”. Em síntese, “a tentativa começa no comportamento com o qual o autor inicia imediatamente, de acordo com o seu plano de realização do delito, a concretização do tipo penal” (WELZEL *apud* VIANA, 2020, p. 83).

Prosseguindo, descrita como majoritária na literatura alemã (VIANA, 2020, p. 87), a teoria dos atos intermediários aponta o começo da tentativa quando o autor executa uma ação que guarda vinculação tal com o núcleo do tipo, que não será necessário qualquer ato intermediário essencial para a sua realização.

Já na legislação penal brasileira (Código Penal, artigo 14, inciso II), e de acordo com Frago (2006), adotou-se a concepção objetiva, ao que se pode acrescentar que esta

adoção se dá na modalidade material (maior ou menor atentado ao bem jurídico protegido). Contudo, há clara divergência em relação a qual das formulações objetivas houve a adoção: material ou formal. Esta última (formal) tem adesão de precedente (do Superior Tribunal de Justiça), abaixo apresentado e, igualmente da obra de Bitencourt (2025), entre outros autores. Trabalhar-se-á com essa variante formal, independente de posicionamentos diversos.

Naturalmente, diante da complexidade do tema, muitas teorias são elaboradas, cada uma com uma colaboração distinta para a correta explicação. Diante da limitação do presente trabalho, uma vez citadas algumas das principais teorias, passaremos a analisar a jurisprudência brasileira, de modo a fomentar o debate crítico e colaborar com a evolução da temática.

4. A TENTATIVA E OS PRECEDENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CC N.º 56.209/MA E AG EM RESP N.º 974.254.

Como já amplamente mencionado acima, a diferenciação entre atos preparatórios impuníveis e atos de execução, puníveis na forma do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal, é tema complexo e obscuro dentro da dogmática penal. Contudo, analisando os precedentes acima citados, ainda que não tenha força vinculante, é possível concluir que há um certo consenso sobre a adoção da teoria objetivo-formal no Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, vejam-se exemplificativamente os seguintes julgados, de diferentes épocas: STJ. CC n.º 56.209/MA. 3ª seção. Data de julgamento 14/12/2005. Rel. Min. Laurita Vaz; e STJ. Ag em REsp N.º 974.254 – TO. 5ª turma. Data julgamento 21/09/2021. Rel. Min. Ribeiro Dantas.

De acordo com essa teoria, o início da tentativa está conectado intimamente com o começo da realização da ação típica. Em outras palavras, consiste na determinação do ato de tentativa – ato executório – a partir do núcleo do tipo, de modo que o início da execução se dá pela realização do verbo do tipo penal.

Nesse sentido, conforme publicado no informativo jurisprudencial n.º 711, em caso concreto que envolvia rompimento de cadeado e destruição de fechadura de portas da casa da vítima, com intuito de, mediante arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, assim decidiu o Tribunal da Cidadania (Superior Tribunal de Justiça):

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TENTATIVA. TEORIA OBJETIVO-FORMAL. INÍCIO DA PRÁTICA DO NÚCLEO DO TIPO. NECESSIDADE. QUEBRA DE CADEADO E FECHADURA DA CASA DA VÍTIMA. ATOS MERAMENTE PREPARATÓRIOS.

AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO, PORÉM, IMPROVIDO.

1. A despeito da vagueza do art. 14, II, do CP, e da controvérsia doutrinária sobre a matéria, aplica-se o mesmo raciocínio já desenvolvido pela Terceira Seção deste Tribunal (CC 56.209/MA), por meio do qual se deduz a adoção da teoria objetivo-formal para a separação entre atos preparatórios e atos de execução, exigindo-se para a configuração da tentativa que haja início da prática do núcleo do tipo penal.

2. O rompimento de cadeado e a destruição de fechadura de portas da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado.

3. Agravo conhecido, para admitir o recurso especial, mas negando-lhe provimento. (STJ. Ag em RE Nº 974.254 – TO. 5ª turma. Data julgamento 21/09/2021. Rel. Min. Ribeiro Dantas. INFO 711)

No caso julgado, os indivíduos arrombaram o cadeado e destruíram a fechadura da porta da casa da vítima, no entanto, quando adentrariam na residência, passou uma viatura da Polícia Militar e realizou a prisão, evitando a subtração. Com os indivíduos foi encontrada uma arma de fogo, que seria usada no roubo.

No referido caso, conforme disponível no voto do Rel., Min. Ribeiro Dantas, o juízo *a quo* assim decidiu:

No caso em apreço, não se verificou qualquer conduta dos acusados que configurasse início de execução do crime de roubo, talvez cogitação e atos preparatórios. Ora, declararam os policiais que passando pela Rua 13 avistaram dois indivíduos encostados no portão da residência da vítima, os quais saíram correndo ao notarem a presença da polícia. A polícia neste momento constatou o rompimento do cadeado que dá acesso a garagem, bem como o rompimento da fechadura do portão lateral da residência da vítima. Saíram em perseguição aos indivíduos e localizaram o acusado W., o qual estava na posse de uma arma de fogo. Conforme se verifica, os acusados não realizaram qualquer ato do tipo penal do crime de roubo, pois não chegaram a adentrar na residência da vítima, aliás, e é importantíssimo, sequer tiveram contato com a pessoa da vítima. Logo, não houve ataque a nenhum dos bens jurídicos tutelados pelo tipo, ficando a conduta deles, a meu sentir, apenas na esfera de atos preparatórios, que são impuníveis (STJ. Ag em RE Nº 974.254 – TO. 5ª turma. Data julgamento 21/09/2021. Rel. Min. Ribeiro Dantas. INFO 711)

Percebe-se, portanto, que se valendo da teoria formal-objetiva, o juízo de primeira instância absolveu os acusados, sob fundamento de atipicidade da conduta, já que nenhum núcleo do tipo objetivo teria sido praticado, de modo que não se poderia falar em atos executórios.

Em sede de agravo em recurso especial, reconhecendo a complexidade do tema, ao negar provimento do recurso do Ministério Público e manter a absolvição dos acusados, assim afirmou o relator Min. Ribeiro Dantas:

A despeito da controvérsia doutrinária e da abertura legal, o que afasta a existência de uma única resposta certa para fixar o entendimento jurídico sobre a matéria, parece ser possível empregar o mesmo raciocínio do julgado acima transcrito, entendendo que esta Corte tem a tendência de seguir a corrente objetivo-formal, exigindo início de prática do verbo correspondente ao núcleo do tipo penal para a configuração da tentativa.

Neste sentido, a quebra de cadeado e o rompimento de fechadura de portas da residência da vítima, com a intenção de praticar o crime de roubo, mediante o uso de arma de fogo, correspondem a meros atos preparatórios impuníveis, por não iniciar o núcleo do verbo subtrair, o que justifica a manutenção do acórdão proferido pelo TJTO. (STJ. Ag em RE Nº 974.254 – TO. 5ª turma. Data julgamento 21/09/2021. Rel. Min. Ribeiro Dantas. INFO 711)

O voto do relator foi seguido por unanimidade na quinta turma. Portanto, sob o argumento da ausência de prática do núcleo do tipo penal – adotando expressamente a teoria objetivo-formal -, o Superior Tribunal de Justiça, por sua quinta turma, decidiu por manter a absolvição dos acusados, afirmando que o ato de quebrar o cadeado e romper a fechadura da porta vítima, portando armas de fogo e com a intenção de praticar roubo - destaque-se -, seriam meramente atos preparatórios.

Assim, a conduta dos autores seria impunível em relação ao tipo penal do artigo 157, do Código Penal - roubo -, cabendo apenas a responsabilização pelo crime do artigo 14, Estatuto do Desarmamento – porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Neste ponto, importante consignar que a decisão exarada, conforme apontado pelo ministro relator em seu voto, seguiu um julgado do próprio tribunal, no qual, em sede de conflito de competência, a terceira seção teria adotado a teoria objetivo-formal, exigindo início de prática do verbo correspondente ao núcleo do tipo penal para a configuração da tentativa. Vejamos transcrição da conclusão do eminente ministro:

A despeito da controvérsia doutrinária e da abertura legal, o que afasta a existência de uma única resposta certa para fixar o entendimento jurídico sobre a matéria, parece ser possível empregar o mesmo raciocínio do julgado acima transcrito, entendendo que esta Corte tem a tendência de seguir a corrente objetivo-formal, exigindo início de prática do verbo correspondente ao núcleo do tipo penal para a configuração da tentativa.

Neste sentido, a quebra de cadeado e o rompimento de fechadura de portas da residência da vítima, com a intenção de praticar o crime de roubo, mediante o uso de arma de fogo, correspondem a meros atos preparatórios impuníveis, por não iniciar o núcleo do verbo subtrair, o que justifica a manutenção do acórdão proferido pelo TJTO.

Ante o exposto, conheço do agravo para admitir o recurso especial, porém, negando-lhe provimento.

4.1. Teoria objetivo-formal à luz das obrigações processuais positivas.

Estabelecido este contexto fático do precedente citado – e a citada tendência de adoção do critério objetivo-formal pelo Superior Tribunal de Justiça –, faz-se necessário destacar que o Estado não possui apenas obrigações negativas perante o indivíduo que comete um delito – garantir o direito de defesa, direito ao contraditório, princípio da legalidade estrita, dentre outros –, mas, sim, também, obrigações positivas, no sentido de garantir a efetiva tutela dos direitos das vítimas.

Nesse sentido, Fischer e Pereira (2019, p. 107) tratam das denominadas “obrigações processuais penais positivas”, demonstrando a necessidade de se adotar uma postura de proteção das vítimas também no processo penal⁴, alertando para indispensabilidade de um “mecanismo processual que possibilite o esclarecimento dos fatos e a punição dos responsáveis, em última análise, que concretize a tutela judicial das vítimas”.

Assim, apesar de ter sido o entendimento publicado em informativo do Superior Tribunal de Justiça, a referida teoria não se mostra como sendo a mais adequada à solução do problema, notadamente quando se leva em conta as obrigações processuais penais positivas.

Não há como negar que no caso concreto os indivíduos deram início a atos de execução, na medida em que já estavam vencendo os obstáculos que guarneciam a residência das vítimas. Da mesma forma, o dolo de consumação do delito de roubo se mostrava presente, sendo certo que os autores portavam arma de fogo para assegurar a prática delitiva.

Assim, tratar tais atos como preparatórios ao roubo, portanto, impuníveis, desafia a compreensão e aceitação da melhor técnica penal e, igualmente, afasta a credibilidade operacional na ciência penal e nas instituições que a aplicam.

Diante desse cenário, mostra-se oportuno evoluir no debate do tema, buscando critérios técnicos que melhor expliquem o fenômeno da tentativa, garantindo uma maior efetividade do Direito Penal e proteção dos bens jurídicos.

⁴ Tal proteção e apoio à vítima parece ser oriunda da concepção instrumentalista do processo penal. Contudo, é absolutamente compatível também com a percepção do processo como garantia, por evidente e por necessário. Apenas deve se anotar que existe, e deve ser resguardada uma dimensão constitucional da atividade jurisdicional. O processo precisa garantir a dialética e paritária participação de todos os atores na construção do provimento jurisdicional.

5. CATÁLOGO DE CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DA TENTATIVA.

Após transcorrer por diversas teorias e critérios para a diferenciação entre atos preparatórios e atos de tentativa, bem como diante da insuficiência da teoria objetivo-formal à luz das obrigações processuais positivas, o presente artigo busca contribuir na evolução da discussão.

Como bem destacado por Viana (2020, p. 88), a teoria dos atos intermediários possui uma boa aplicabilidade, já que afasta a interpretação estrita de que somente com a realização da ação típica se estaria diante da tentativa.

Se por um lado a teoria objetivo-formal está orientada pelo princípio da legalidade estrita, também é nítido que se afasta de critérios de justiça e política criminal, significando proteção insuficiente aos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal subjacente.

Como bem destacado por Greco (2000, p. 230) em sua obra comemorativa dedicada a Roxin, com o advento do funcionalismo penal, os conceitos são submetidos à “funcionalização”, que nada mais é que a exigência da capacidade de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas.

Partindo desse pressuposto, analisando a conclusão do precedente julgado pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se o critério objetivo-formal é incapaz de responder de maneira satisfatória sobre o que seriam atos executórios.

No caso concreto, conforme razões de recurso, havia interceptação telefônica que confirmava o elemento subjetivo em relação ao crime de roubo – dolo de consumação –, sendo certo que no plano objetivo, os autores já haviam se dirigido à casa da vítima, portando arma de fogo, quebrado o cadeado e rompido o portão da residência. Assim, fica nítido que somente não ocorreu a subtração graças aos policiais militares – circunstância alheia à vontade dos agentes –, que ao aparecerem no local afastaram os autores.

Nesta ótica, no caso concreto do julgado, fica claro que as circunstâncias descritas levam qualquer observador externo à conclusão de unidade entre o comportamento e a realização do tipo. Assim, “o agente está em uma situação de tal maneira conectada com a realização do tipo que não há necessidade de empreender qualquer ato essencial para a sua realização” (VIANA, 2020, p. 88).

Importante destacar que o raciocínio desenvolvido não se presta a reduzir a necessidade de prova, seja quanto ao elemento subjetivo – idêntico ao dos crimes consumados –, seja em relação à presença do tipo objetivo – conduta que inicia a execução e circunstância alheia que impede a consumação. O verdadeiro objetivo é conferir maior

racionalização, segurança e justiça para as decisões judiciais, cabendo ao operador concretizar, mediante fundamentação idônea, o que é e o que não é ato essencial para fins de responsabilização.

Assim, há forte indicativo que a solução do problema sugere a rejeição de um critério puramente lógico-formal, partindo para a utilização de um critério objetivo congregado com outros que permitam demarcar a transição dos atos preparatórios para os executórios.

Nessa linha argumentativa, sintetizando argumentos utilizados pela jurisprudência alemã, Viana aponta que, em relação ao tipo objetivo da tentativa, é possível concluir que a solução perpassa por uma agregação de critérios.

(...) o gente começa a realizar imediatamente o tipo quando, subjetivamente, supera a barreira do ‘aí vou eu’ e, objetivamente, não precisa realizar ato essencial para a realização do tipo; ou quando o comportamento do autor conforme a sua representação conduz ao ininterrupto desenrolar da realização típica; ou quando o seu comportamento está em imediata conexão, especial e temporal, com a realização do tipo ou nele desemboca; ou ainda quando – de acordo com a representação do autor – leva o bem jurídico protegido a perigo concreto. (VIANA, 2020, 93)

De fato, analisando o precedente citado, bem como as várias teorias, a melhor solução aponta para a definição, por meio de precedente vinculante (artigos 926 e 927, Código de Processo Civil), de um catálogo de critérios interpretativos para a expressão “iniciada a execução” no artigo 14, inciso II, do Código Penal.

A criação e o desenvolvimento do referido catálogo é missão árdua, que naturalmente é incompatível com a brevidade do presente trabalho. No entanto, buscou-se expor a insuficiência do critério lógico-formal, apontando para o caminho da evolução do entendimento atual no Superior Tribunal de Justiça, como forma de contribuir para o debate.

6. CONCLUSÃO.

Ao longo do presente estudo, buscou-se elucidar o complexo desafio que envolve a delimitação dos atos preparatórios e atos de execução no iter criminis, evidenciando como essa distinção se revela decisiva para a determinação da punibilidade da conduta.

Em primeiro lugar, foram apresentados os fundamentos teóricos que justificam a punição do crime tentado, demonstrando a preocupação em não penalizar meras

cogitações ou estágios internos de formação da vontade criminosa (*cogitationis poenam nemo patitur*).

Na sequência, foram discutidas as principais teorias que buscam diferenciar atos preparatórios (em regra, impuníveis) de atos executórios (puníveis como tentativa). Essas teorias, como a objetivo-formal, a material-objetiva, a subjetivo-objetiva e a dos atos intermediários, apresentam enfoques diversos, ora privilegiando a prática do núcleo do tipo penal, ora considerando elementos como o plano concreto do autor e a existência de atos essenciais adicionais para a consumação do crime.

Nesse percurso, verificou-se que a escolha de uma teoria em detrimento de outra gera implicações diretas na aplicação do Direito Penal e na proteção dos bens jurídicos, impactando a segurança jurídica e as obrigações processuais positivas do Estado.

Analizou-se, ainda, julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), apontando predomínio da adoção da teoria objetivo-formal, sobretudo no que tange à compreensão de que a execução se inicia apenas com a prática do verbo contido no tipo penal. Em tais precedentes, atos que, à primeira vista, demonstrariam inequívoco propósito criminoso – incluindo, em alguns casos, até mesmo a superação de barreiras físicas que protegem o bem jurídico – foram considerados meros atos preparatórios. Essa posição gera controvérsias, pois pode resultar em uma proteção insuficiente dos direitos das vítimas e fragilizar a função preventiva do Direito Penal.

Diante desse cenário, propôs-se a adoção de critérios interpretativos mais abrangentes e flexíveis, que contemplem tanto a efetiva ofensa ou exposição do bem jurídico a perigo, quanto a avaliação do plano concreto do autor. Por meio da congregação de diferentes teorias, seria possível desenvolver um *catálogo* de critérios, capaz de orientar de forma consistente os operadores do Direito na identificação do momento em que se inicia a execução do delito.

Esse catálogo, se incorporado a um precedente de natureza vinculante, contribuiria de modo significativo para a uniformização jurisprudencial, oferecendo maior previsibilidade decisória e assegurando o respeito tanto ao princípio da legalidade quanto às obrigações estatais de proteger a integridade dos bens jurídicos e das vítimas.

Em suma, a realidade prática e a evolução doutrinária demandam uma visão mais ampla e consistente dos atos executórios na tentativa. A estrita adesão ao critério objetivo-formal pode, em certas circunstâncias, ocasionar impunidade de condutas que, na essência, já colocaram o bem jurídico em risco efetivo. Nesse contexto, a consolidação de parâmetros interpretativos, apoiada na pluralidade de teorias e adequada às novas

demandas sociais, revela-se uma via promissora para harmonizar segurança jurídica, proporcionalidade e efetividade na tutela penal.

7. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 1. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

DIAS, José Figueiredo. *Direito penal; parte geral*, tomo I. 1ª versão brasileira/2ª versão portuguesa. São Paulo/Lisboa: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. versão atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2021.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Francisco Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2. ed. ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*; v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin*. Revista Brasileira de Direito Comparado, 2000.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*; v. I, tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES, Luciano Santos. *O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico*. In: FERNANDES, Jean Carlos (organizador). *Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade*. Volume II. Belo Horizonte: RTM, 2013, p. 99 a 138.

MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Direito penal - lições fundamentais*; parte geral. 6 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal; Parte General – libro de estudio. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1955.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general. 7 ed. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*; parte geral. Salvador: Jus Podivm, 2014.

VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 69-100, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro, parte geral. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.