

TEORIA DO ATO PRODUTOR DA FINALIDADE NA TENTATIVA PUNÍVEL

THEORY OF THE ACT PRODUCING THE PURPOSE IN PUNISHMENT ATTEMPTS

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.8.014

Guilherme Dutra Marinho Cabral*

 <https://orcid.org/0009-0001-5867-314X>

 <http://lattes.cnpq.br/9671769042052129>

Lucas Campos Ferreira**

 <https://orcid.org/0009-0002-4063-9434>

 <http://lattes.cnpq.br/4352622483765696>

Recebido em 08/03/2025

Aceito em 07/07/2025

Resumo: O art. 14, inc. II do Código Penal atual reconhece o crime tentado quando o agente realiza atos de execução, mas não consuma o fato por fatores alheios à sua vontade. Por outro lado, os atos preparatórios são considerados indiferentes penais, por não representarem perigo ao bem jurídico. A doutrina penal tem desenvolvido várias teorias para diferenciar atos preparatórios impuníveis de atos de execução puníveis, sem uma solução definitiva para o conceito de “início da execução”. O objetivo deste texto é analisar se a teoria do ato produtor da finalidade, proposta pelo argentino Nelson Pessoa, oferece avanços teóricos sobre o tema. Utilizou-se pesquisa qualitativa, com consulta a fontes secundárias de autores

*Doutorando em Direito Penal pela UERJ, mestre em Direito Penal pela UERJ e Especialista em Criminologia e Política Criminal pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Atualmente é professor com dedicação exclusiva na Universidade Vale do Rio Doce, coordenador do Núcleo de Pesquisa e Iniciação Científica, além de membro do NDE e do Colegiado do Curso. E-mail: guilherme.cabral@univale.br.

** Bolsista da FAPEMIG no projeto de pesquisa da UNIVALE, com foco em Direito, Literatura e Território. Pós-graduando em Economia e Filosofia, Ética e Cidadania pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo (FAMEESP). Bacharel em Criminologia pela Universidade Anhanguera. Bacharelando em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE). Integrante do Núcleo Interdisciplinar de Educação, Saúde e Direitos (NIESD) do Mestrado em Gestão Integrada do Território. E-mail: lucas.ferreria2@univale.br.

nacionais e estrangeiros. Os resultados sugerem que a teoria vincula o início da execução ao plano do agente, atribuindo novos contornos à tentativa punível. Contudo, a teoria ainda demanda mais estudos para avaliar seus limites e aprimorar as deficiências identificadas.

Palavras-chave: Iter criminis. Tentativa. Execução. Ato produtor da finalidade. Nelson Pessoa.

Abstract: Article 14, item II, of the current Penal Code recognizes the existence of an attempted crime when the agent performs acts of execution but does not complete the offense due to circumstances beyond their control. On the other hand, preparatory acts are considered legally indifferent, as they do not pose a threat to the protected legal good. Penal doctrine has developed various theories to differentiate between non-punishable preparatory acts and punishable acts of execution, without a definitive solution for the concept of the “beginning of execution.” The purpose of this paper is to analyze whether the theory of the act that produces the purpose, proposed by the Argentine Nelson Pessoa, offers theoretical advances on the topic. Qualitative research was employed, consulting secondary sources from both national and foreign authors. The results suggest that the theory links the beginning of execution to the agent’s plan, providing new contours to punishable attempts. However, the theory still requires further studies to assess its limits and refine the identified shortcomings.

Keywords: Iter criminis. Attempt. Execution. Act producing the purpose. Nelson Pessoa.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a doutrina penal apresenta uma posição de consenso quanto às etapas de realização do delito, também conhecidas como *iter criminis*. Argumenta-se que a fase interna do delito corresponde à cogitação de um resultado proibido pela norma, passando-se para sua fase externa, com a realização de atos preparatórios; a execução de condutas próximas ou inseridas no núcleo do tipo, e a obtenção do fim perseguido com a consumação delitiva.

Em alguns casos, porém, observa-se que o autor realiza os atos de execução, mas não alcança o resultado pretendido por circunstâncias alheias à sua vontade. Trata-se do instituto da tentativa punível, que pode ser expresso pela conhecida fórmula de Gandino, segundo a qual o agente cogita um crime, executa uma conduta correspondente, mas não obtém o resultado planejado.

Referido instituto está previsto em nosso ordenamento jurídico desde o Código Criminal do Império de 1830, que condiciona a punição do *iter criminis* à prática de atos de execução. Assim, tanto no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, como no Código Penal de 1940, a realização de atos meramente preparatórios será impunível, exceto quando referidas condutas constituírem crimes autônomos.

Também cumpre observar que mesmo existindo inúmeras teorias para diferenciar os atos preparatórios dos atos de execução, a doutrina penal tem direcionado inúmeras críticas a quase todas elas. A última tentativa de reduzir esses problemas corresponde à *teoria do ato produtor da finalidade*, formulada no final da década de 1980 pelo argentino Nelson Pessoa. As inovações propostas pela nova teoria, porém, não têm alcançado grande repercussão nas doutrinas nacionais e estrangeiras, quiçá por desconhecimento de alguns penalistas.

Considerando, nesse sentido, que nosso atual Código Penal determina consequências jurídicas distintas para tentativa punível e os atos preparatórios, o *objetivo* da pesquisa consiste em analisar se a teoria do ato produtor da finalidade representa, ou não, algum avanço teórico para delimitar o sentido e o alcance dos atos de execução. É preciso esclarecer, também, que a investigação se *justifica* pela posição ocupada pelo “início da execução” no *iter criminis*, que atua como elemento fronteiro entre atos puníveis e impuníveis do plano delitivo.

Para tanto, privilegiou-se a *técnica de pesquisa* qualitativa, com consulta a fontes secundárias de autores nacionais e estrangeiros que possuem atualidade e impacto científico sobre o assunto.

PUNIBILIDADE DA TENTATIVA NO BRASIL

É possível afirmar que o instituto da tentativa é relativamente recente na doutrina penal, possuindo aproximadamente dois séculos de tradição jurídica.

Os romanos e os germânicos, por exemplo, geralmente deixavam de punir a tentativa por ausência de subsunção do fato à lei. Excepcionalmente, porém, a execução frustrada do ilícito era punida como delito autônomo, ou com a mesma sanção prevista para o crime consumado (Bruno, 1967, 237-236).

Durante o período do direito justiniano, verificou-se também certo esforço para punir a tentativa com coerência e uniformidade, estabelecendo sanções atenuadas para a realização incompleta de delitos previstos no *corpus iuris civilis*, como celebração noturna de sacrifícios pagãos, fraude ao monopólio do sal e rituais mágicos na prostituição servil (Mestieri, 1990, p. 262-263).

Apesar de ambas as matrizes terem incorporado dispositivos esparsos para punição da tentativa, sua verdadeira formulação teórica pode ser atribuída aos práticos italianos, que definiram o instituto como um fragmento da conduta criminosa, segundo a máxima “*cogitare, agere, sed non perficere*”, de Alberto Gandino (BRUNO, 1967, p. 237).

Posteriormente, o direito francês regulamentou o instituto nos arts. 2º, 3º e 4º do Código Penal de 1810, autorizando sua punição quando estivesse prevista expressamente em lei¹. Passou-se então a classificar a tentativa como realização de atos de execução,

¹ ARTICLE 2. Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même. ARTICLE 3. Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits, que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. ARTICLE 4. Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis (FRANCE, 1810).

manifestados por comportamentos exteriores, que foram suspensos voluntariamente ou por circunstâncias diversas (fortuitas ou alheias) à vontade do agente.

Em 1830, o direito brasileiro incorporou um conceito semelhante no art. 2º do Código Criminal do Império, definindo “tentativa do crime, quando for manifestada por actos exteriores e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente” (Brasil, 1830).

O Código Penal de 1890, por sua vez, promoveu sutis alterações na fórmula anterior e reconheceu a tentativa “[...] sempre que, com intenção de commettel-o, executar alguém actos exteriores que, pela sua relação directa com o facto punível, constituam começo de execução, e esta não tiver lugar por circumstancias independentes da vontade do criminoso” (Brasil, 1890).

Como é possível observar, tanto no Código francês (1810) como nos diplomas brasileiros (1830 e 1890), a tentativa delitiva se caracteriza pelo início dos atos de execução. Esse marco temporal foi preservado pelo art. 14 do atual Código Penal, que considera tentado o crime “[...] quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente” (Brasil, 1940).

O conceito lógico de tentativa pode ser extraído de Heleno Fragoso (1985, p. 250), ao afirmar que “a tentativa constitui realização incompleta da conduta típica”. A *natureza jurídica* da tentativa, por sua vez, está representada pela norma de extensão do art. 14, parágrafo único do Código Penal², que estabelece uma causa de redução da pena, de um a dois terços, na terceira etapa da dosimetria.

Por essa razão, a tipicidade da tentativa decorre da conjugação do tipo penal violado com a norma de extensão prevista no Código Penal: “[...] por força dele é que se amplia a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos que o agente realiza de forma incompleta” (Bitencourt, 2025, p. 259).

Excepcionalmente, porém, a execução frustrada de uma conduta típica terá consequências jurídicas distintas. Isso porque, nos termos do art. 4º da Lei de Contravenções Penais, essas infrações penais de menor potencial ofensivo não são puníveis em sua modalidade tentada³.

Demais disso, nos crimes de atentado ou de empreendimento identifica-se uma opção político-criminal em punir o delito tentado do mesmo modo que o consumado. Nesses casos, não ocorre a incidência da causa de redução de pena do art. 14, CP, face à expressão “salvo disposição em contrário” inserta no próprio dispositivo. Essa técnica legislativa foi adotada, por exemplo, no preceito primário dos crimes de evasão de presos⁴ (art. 352, CP) e de votar duas ou mais vezes⁵ (art. 309, Código Eleitoral).

Independentemente de o legislador atribuir consequências jurídicas distintas ao instituto – como impunibilidade, redução da pena ou sanção equivalente à da consumação

² “Art. 14. [...] Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços” (BRASIL, 1940).

³ “Art. 4º Não é punível a tentativa de contravenção” (BRASIL, 1941).

⁴ “Art. 352 - Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência” (BRASIL, 1940).

⁵ “Art. 309. Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem: Pena - reclusão até três anos” (BRASIL, 1940).

–, Juarez Cirino dos Santos (2023, p. 391-392) destaca que, dogmaticamente, toda e qualquer execução frustrada apresenta a seguinte *estrutura*: a) elemento subjetivo, compreendido pela decisão de realizar o delito; b) elemento objetivo, representado pela ação de execução específica de um tipo (homicídio, furto, estupro etc.); c) elemento negativo, correspondente à ausência do resultado pretendido.

Conforme descrito, a tentativa punível tem origem no direito francês, e está vinculada à fórmula “início da execução”, disposta no art. 14 do nosso Código Penal. A norma de extensão inserida no referido artigo, por sua vez, determina que a realização incompleta do tipo será punida com redução de um a dois terços.

Considerando, por outro lado, o fato de que os atos preparatórios são classificados, em regra, como impuníveis, cumpre investigar os fundamentos político-criminais que recaem sobre essas duas etapas do *iter criminis*, isto é, por quê o Estado deve, ou não, reprovar essas dimensões do plano delitivo.

FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS DA TENTATIVA PUNÍVEL.

O conceito de tentativa, tal como hoje o conhecemos, originou-se da clássica fórmula “cogitare, agere, sed non perficere”, criada no século XIV por Alberto Gandino, em seus “Tractatus de maleficiis”.

A historiografia penal também registra que, até o século XIX, o crime tentado era classificado como uma modalidade especial de delito, e assim como a consumação, exigia a presença de elementos subjetivos e objetivos no tipo para ser punível (Jescheck, 2002, p. 550). Como a tentativa estava condicionada à realização de uma conduta dolosa, com início de execução, era necessário diferenciar o delito incompleto de atos preparatórios (impuníveis) pela existência, ou não, de atos de execução.

Nesse sentido, Jescheck (2002, p. 550) destaca que a ciência penal do século XIX investiu boa parte dos seus esforços refletindo sobre a conveniência de punir tanto os atos preparatórios como a tentativa inidônea.

Por outro lado, não é possível ignorar que a solução proposta para essas questões está diretamente vinculada ao fundamento político-criminal atribuído à tentativa. Isto é: o tratamento jurídico dado aos atos preparatórios e à tentativa inidônea dependerá, necessariamente, da resposta apresentada à pergunta “por quê punir?”.

Nesse sentido, para uns o Estado deve reprovar toda vontade hostil ao Direito (teoria subjetiva); para outros, o poder punitivo está legitimado a intervir apenas nos casos de perigo de lesão ao bem jurídico (teoria objetiva); também existem aqueles que defendem a necessidade preservar o ordenamento jurídico reprimindo condutas que causam sensação de abalo à paz jurídica (teoria da impressão).

A *teoria subjetiva*, por exemplo, foi desenvolvida inicialmente por Grolmann, em 1798, mas obteve contribuições relevantes de Luden e Bauer até atingir sua formulação teórica acabada com von Buri (Prado, 2025, 466-467).

Nesse período, a ideia foi amplamente aceita pela jurisprudência alemã, ao sustentar que todo comportamento delituoso revelava uma vontade hostil frente ao Direito. Segundo Beling (apud Bruno, 1967, p. 251), isso ocorreu porque a teoria subjetiva se

desenvolveu na época em que não se diferenciava antijuridicidade e culpabilidade, considerando-se antijurídica toda e qualquer conduta proveniente de um querer mau.

Para ela, não haveria diferença entre o delito tentado e o consumado, aplicando-se lhes a mesma pena, pois em ambos os casos subsiste a mesma vontade criminosa. Seu fundamento político-criminal também autorizava a punição da tentativa inidônea e dos atos preparatórios, conduzindo a um Direito Penal de ânimo com desprezo ao aspecto objetivo do injusto (Zaffaroni; Pierangeli, 2010, p. 28-29).

Essa teoria foi incorporada ao Código Chinês de 1928, que trazia a seguinte redação no seu art. 39: “há de igual modo a tentativa quando o ato não puder produzir os resultados de uma infração” (Mestieri, 1990, p. 264).

Em 1944, a reforma promovida no Código Penal espanhol também autorizou a punição da tentativa inidônea por meio do seu art. 52, §2º: “Os casos de impossibilidade de execução ou de produção do delito” são punidos com a mesma pena da tentativa (Conde, 1988, p. 181).

Inspirados no positivismo, países como Argentina, Cuba, Uruguai e México também teriam regulamentado a punição da tentativa inidônea, adotando a mesma fundamentação teórica (Conde, 1988, p. 192).

Essa teoria entendia, em síntese, que toda tentativa deveria ser reprovada porque, mesmo nos casos de crime impossível, o autor representava os objetos e os meios de execução como adequados/eficientes. Por essa razão, “a tentativa punível é a tentativa perigosa, revelada a perigosidade do réu por sua manifestação de vontade” (Mestieri, 1990, p. 264).

Na sequência, desenvolveu-se a *teoria objetiva*, inspirada em Carmignani e Feuerbach (Prado, 2025, p. 467-468). Para os adeptos da teoria, o fundamento da tentativa não reside mais na vontade hostil do autor, mas no perigo de ofensa ao bem jurídico.

Passou-se a entender que a execução frustrada de um crime deve ser reprovada com menor intensidade porque, nesses casos, não é possível identificar o mesmo resultado danoso da consumação. Ou seja, “é o perigo efetivo que representa diretamente para o bem jurídico tutelado que torna a tentativa punível” (Bitencourt, 2025, p. 261). Como consequência, os atos preparatórios e a tentativa absolutamente inidônea devem ser considerados como indiferentes penais.

Alguns autores sustentam ainda que o objeto de proteção do Direito Penal não é o bem jurídico, mas a autoridade da norma penal. Jakobs, por exemplo, argumenta o seguinte:

Mas, como o delito não é primariamente a causação de lesões a bens, e sim a lesão da validade da norma, da mesma forma, a tentativa de delito não deve ser concebida por meio da colocação em perigo de bens, mas sim pela lesão da validade da norma (Jakobs, 1997, p. 860)⁶.

⁶ No original: Pero como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la lesión de la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir a través de la puesta em peligro de bienes, sino a través de la lesión de la validez de la norma

Por último, a teoria da impressão entende que a execução frustrada de comportamentos típicos deve ser reprovada sempre que provocar a sensação de abalo à paz jurídica.

Nesses casos, o fundamento político-criminal deixa se situar na vontade hostil do autor (teoria subjetiva) ou no perigo de ofensa ao bem jurídico (teoria objetiva), e legitima a punição da tentativa pela necessidade de preservar o ordenamento jurídico. Em resumo, a teoria da impressão “[...] tenta complementar os resultados da teoria subjetiva por meio da ‘impressão do fato sobre a generalidade’, do ‘efeito psicológico-social’ ou da comoção da ‘confiança da generalidade na validade do ordenamento jurídico’” (Jakobs, 1997, p. 863).

Segundo Jescheck (2002, p. 553), essas ideias teriam sido incorporadas ao Direito Penal alemão pelos §22 e §23, II do *Strafgesetzbuch* (StGB):

O Direito vigente é muito melhor compreendido a partir da ótica da teoria da impressão, devido à importante ênfase na concretização do fato (§ 22), à atenuação facultativa da pena (§ 23 II) e à possibilidade de se prescindir da sanção punitiva no caso de uma tentativa completamente irracional. Essa perspectiva fundamenta corretamente a punibilidade da tentativa com base na necessidade de preservação do ordenamento jurídico. Na tentativa, o objeto da punição é a vontade antijurídica do autor transferida para o fato, ou seja, o injusto doloso de ação correspondente ao tipo penal⁸.

Entende-se, portanto, que a atuação da vontade hostil ao Direito deve ser reprovada porque perturba a confiança social na ordem jurídica, isto é, o sentimento de segurança que deve existir entre os cidadãos. Por essa razão, o §23, StGB⁹ autoriza o magistrado a adotar uma das quatro soluções jurídicas apresentadas pelo §49¹⁰: punição, isenção de pena, diminuição da sanção ou substituição da prisão por multa.

As críticas direcionadas à teoria, por seu turno, destacam o seguinte: a) crença na função de prevenção geral da pena; b) tendência de se punir atos preparatórios; c) inexistência de alarme social sem ofensa a bem jurídico; d) impossibilidade de demonstrar,

⁷ No original: “[...] intenta complementar los resultados de la teoría subjetiva mediante la ‘impresión del hecho sobre la generalidad’, el ‘efecto psicológico-social’ o la conmoción de la ‘confianza de la generalidad en la validez del ordenamento jurídico’”

⁸ No original: El Derecho vigente se comprende mucho mejor desde la óptica de la teoría de la impresión por la importante acentuación de la puesta en marcha del hecho (§ 22), la atenuación facultativa de la pena (§ 23 II) y la posibilidad de prescindir de la sanción punitiva en el caso de una tentativa completamente irracional. Esta visión fundamenta correctamente la punibilidad de la tentativa a través de la necesidad de la preservación del Ordenamiento jurídico. En la tentativa el objeto de punición es la voluntad antijurídica del autor trasladada al hecho, esto es, el injusto doloso de acción del tipo correspondiente.

⁹ § 23 Strafbarkeit des Versuchs [...] (3) Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) (DEUTSCHLAND, 1871).

¹⁰ § 49 Besondere gesetzliche Milderungsgründe [...] (2) Darf das Gericht nach einem Gesetz, das auf diese Vorschrift verweist, die Strafe nach seinem Ermessen mildern, so kann es bis zum gesetzlichen Mindestmaß der angedrohten Strafe herabgehen oder statt auf Freiheitsstrafe auf Geldstrafe erkennen (DEUTSCHLAND, 1871).

empiricamente, um grau mínimo de alarme social para legitimar a intervenção do poder punitivo.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2023, p. 664-665), “[...] o único fundamento da punição da tentativa seria o alarme social, o que por si mesmo não tem sentido, posto que o alarme sempre obedece à afetação de um bem jurídico”.

Demais disso,

Esta não se poderá determinar – o que ocorre com demasiada frequência – sem um apelo ao ‘sentimento de comunidade’ ou a outros conceitos igualmente irracionais, que definitivamente, levam à relevância da ‘inimizade ao Direito’, que, enfim, se resolve em um círculo de apreciações intuitivas, limitadas por outras apreciações intuitivas” (Zaffaroni; Pierangeli, 2010, p. 32).

Em que pese essas considerações, deve-se destacar que as maiores controvérsias doutrinárias da atualidade não estão localizadas no fundamento político-criminal da tentativa, mas na distinção entre atos preparatórios e atos de execução.

ETAPAS DE REALIZAÇÃO DO DELITO: *ITER CRIMINIS*

No âmbito da doutrina penal, atualmente não existe controvérsia quanto às etapas da realização do fato punível. De modo uníssono, argumenta-se que o delito é impulsionado pela cogitação (*cogitatio*), passando-se posteriormente à fase externa com a preparação (*conatus remotus*), e evoluindo com a execução do projeto delitivo (*conatus proximus*) até alcançar sua consumação (*meta optata*).

A *cogitação* corresponde ao processo de ideação e resolução do fato punível, se caracterizando pela fase interna do *iter criminis*. É na cogitação que o projeto delitivo começa a ganhar forma com a representação de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis à ação final, referindo-se aos “[...] atos internos que percorrem o labirinto da mente humana, vencendo obstáculos e ultrapassando barreiras que porventura existam no espírito do agente” (BITENCOURT, 2025, p. 258). Em razão da própria dificuldade probatória, a mera cogitação delitiva é impunível com fundamento no brocardo jurídico “*cogitationis poenam nemo patitur*”, de Ulpiano, segundo o qual ninguém pode ser punido por seus pensamentos.

Por sua vez, com a prática dos *atos preparatórios* o indivíduo ingressa na fase externa do *iter criminis*, revelando materialmente sua vontade criminosa. Nesta etapa, o projeto delitivo começa a se concretizar com a seleção de meios e de instrumentos para consecução do fim. Após analisar as condições de tempo, lugar e modo de execução favoráveis, o potencial infrator passa a executar condutas geralmente atípicas, que são internalizadas como idôneas para alcançar o resultado pretendido.

Em regra, os atos preparatórios também são impuníveis porque não ameaçam concretamente os bens jurídicos protegidos pela norma. Excepcionalmente, porém, alguns desses atos são tipificados como delitos autônomos, a fim de atender certas demandas político-criminais.

Isso ocorre, por exemplo, nos delitos de associação criminosa (art. 288, CP), pedreiros para falsificação de moedas (art. 291, CP), porte ou posse ilegal de arma de fogo e de munições (arts. 12 e 14, Lei 10.826/2003), posse de maquinário destinado à preparação de drogas (art. 34, Lei 11.343/06), dentre tantas outras hipóteses de crimes previstos nas legislações penais especiais.

Nesses casos, entende-se que “o legislador levou em consideração o valor do bem ameaçado por esses atos ameaçados, em relação à própria perigosidade da ação ou simplesmente à perigosidade do agente que, por si só, já representa uma ameaça atual à segurança do Direito (BITENCOURT, 2025, p. 258, destaque no original).

A *execução*, por sua vez, pressupõe a realização/omissão da própria conduta incriminada na norma penal, ou, então, de comportamentos inseridos na zona periférica do núcleo típico. Nesse sentido, Aníbal Bruno (1967, p. 234) destaca que

O problema da determinação do início da fase executiva há de resolver-se em relação a cada tipo de crime, tomando-se em consideração sobretudo a expressão que a lei emprega para designar a ação típica. É em referência ao tipo penal considerado, que se pode decidir se estamos diante da simples preparação ou já da execução iniciada.

Dizendo de outro modo: haverá execução do crime de aborto quando o agente inicia o procedimento cirúrgico destinado a interromper a gestação¹¹; de maus-tratos, quando o pai obriga o filho a desenvolver trabalhos inadequados para fins de educação¹²; de estelionato, quando o autor oferece à vítima a aquisição de um ingresso falsificado¹³; de ato obsceno, quando o naturista começa a despir-se em frente à Igreja Matriz de uma pacata cidade¹⁴, etc.

Também é preciso ressaltar, por óbvio, que nem todo ato de execução se converte em consumação. Apesar do *iter criminis* pressupor a representação (cogitação) e o planejamento (preparação) do curso causal do delito, não raras vezes se observa que o resultado final é diverso do pretendido porque o autor a) ignorou a importância de determinados fatores físicos, como dia e horário do evento delitivo; b) avaliou equivocadamente a própria capacidade de executar a ação; c) concebeu como adequados meios e instrumentos que se manifestaram como relativamente inidôneos; d) sobreveio circunstância improvável, como a reação da vítima, a intervenção de terceiros, a atuação policial, etc.

Nesse sentido, a doutrina penal apresenta como hipóteses de *execução frustrada* do plano delituoso o crime falho (tentativa perfeita), a tentativa imperfeita e o crime impossível (tentativa completamente inidônea).

¹¹ “Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante [...]” (BRASIL, 1940)

¹² “Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina [...]” (BRASIL, 1940)

¹³ “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento [...]” (BRASIL, 1940)

¹⁴ “Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público [...]” (BRASIL, 1940)

A tentativa perfeita ocorre quando o agente realiza todos atos de execução planejados, mas não obtém o resultado esperado, a exemplo do que se verifica quando o estelionatário induz a vítima a realizar uma transferência bancária fraudulenta, mas não consegue obter vantagem econômica por ausência de saldo na conta.

De modo diverso, na tentativa imperfeita, o crime não se consuma porque o autor deixou de realizar todos os atos planejados, como é o caso da vítima de roubo que porta arma de fogo, e expulsa o assaltante desarmado.

A terceira hipótese diz respeito à tentativa inidônea. Segundo disposto no art. 17 do Código Penal, “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime” (BRASIL, 1940).

O crime também não se consumará por vontade própria do autor, quando se tratar de *execução abandonada*, isto é, por desistência voluntária ou arrependimento eficaz. Ambas as hipóteses estão descritas no art. 15 do Código Penal, e conduzem à conhecida “ponte de ouro” oferecida ao infrator. Nos termos do referido dispositivo, a desistência voluntária ocorre quando o agente impede o resultado interrompendo os atos de execução, enquanto no arrependimento eficaz os atos de execução são exauridos, mas o agente impede o resultado realizando uma conduta que anula a anterior.

Por último, ocorrerá a *consumação* delitiva com a completa realização do tipo, isto é, “quando o autor realizou toda a conduta descrita no tipo de injusto, provocando, ainda, o resultado, quando esse for por aquele exigido” (PRADO, 2025, p. 464).

Jescheck (2002, p. 556) destaca, porém, que o momento consumativo está vinculado à própria estrutura do tipo, a exemplo do que ocorre nos crimes de lesão, de perigo ou de resultado cortado. Por essa razão, entende que a consumação formal (típica) deve ser diferenciada da consumação material (terminação).

Enquanto a consumação típica se manifesta no instante em que o comportamento humano se conforma à integralidade do tipo, a terminação se verifica quando o conteúdo do injusto é plenamente realizado, considerando-se a finalidade pretendida pela própria norma.

Nesse sentido, Jescheck destaca que a consumação típica será diversa da terminação quando se tratar de crimes de consumação antecipada, como delitos de intenção, de perigo e de empreendimento; nas infrações que se consumam com a prática reiterada de determinada conduta, como os delitos permanentes; nos casos em que se pressupõe uma unidade natural de ação; ou ainda quando

[...] o resultado final ou total é obtido por meio de ações que já não correspondem formalmente à descrição do tipo, como ocorre, por exemplo, na recuperação do produto de um furto (BGH 20, 194), na garantia da posse dos objetos de contrabando após a travessia da fronteira (BGH 3, 40) ou na destruição total de um edifício em um incêndio [...] (JESCHECK, 2002, p. 556)¹⁵.

¹⁵ No original: [...] el resultado final o total es obtenido a través de acciones que ya no se corresponden en sentido formal con la descripción del tipo, tal y como por ejemplo sucede con el recuperación del botín de un hurto (BGH 20, 194), el aseguramiento de los objetos de contrabando tras atravesar la frontera (BGH 3, 40) o la destrucción de la totalidad del edificio en el incendio [...].

Essa distinção apresentada por Jescheck pode revelar algumas vantagens práticas. Isso porque, nos crimes permanentes, o prolongamento do momento consumativo está relacionado com a sua terminação. Por outro lado, nos crimes de consumação antecipada, a mera consumação típica (formal) seria suficiente para habilitar o poder punitivo. Por fim, Gueiros e Japiassú (2023, p. 270) argumentam que seria possível existir o concurso de agentes mesmo após a consumação formal, não sendo admissível, no entanto, adotar o mesmo raciocínio quando estiver se referindo à consumação material.

DISTINÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E TENTATIVA.

Nas seções anteriores mencionamos que, em regra, os atos preparatórios não são punidos pela legislação brasileira. Também destacamos que, para o atual Código Penal, a tentativa será punível somente quando o autor inicia a execução do delito, mas deixa de consumá-lo por circunstâncias alheias à sua vontade.

Esse elemento fronteiro imposto pela expressão “início da execução”, surgiu inicialmente no Código francês de 1810, e foi incorporado posteriormente nas legislações brasileiras de 1830 (Código Criminal do Império), de 1890 (Código Penal da República) e de 1940 (Código Penal), sem sofrer alterações com a Reforma de 1984. Além do Brasil, diversas outras legislações estrangeiras condicionam igualmente a punibilidade da tentativa ao início da execução, como se verifica nos Códigos Penais de Portugal¹⁶, da Espanha¹⁷ e da Argentina¹⁸.

A adoção de um critério comum não impediu o surgimento de controvérsia nas doutrinas nacionais e estrangeiras acerca do sentido e do alcance da expressão “início de execução”.

Assim, Zaffaroni e Pierangeli (2023, p. 621) destacam que a distinção entre atos preparatórios e atos de execução representa o problema mais árduo e crítico da tentativa, já que “a fórmula ‘começo de execução’ não passa de um indicador geral e fluido, que pouco nos esclarece em cada caso particular, ou seja, quando se torna mister precisá-la para a sua aplicação a uma realidade concreta” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 44).

Além disso, não se pode ignorar a necessidade de se desenvolver uma teoria capaz de definir o início da execução que atenda às mais distintas estruturas típicas, como os crimes de resultado, de mera conduta, delitos habituais, injustos omissivos e comissivos, etc.

¹⁶ “Artigo 23.º. Punibilidade da tentativa.

¹ - Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão.

² - A tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada.

³ - A tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime” (PORTUGAL, 1995).

¹⁷ “Artículo 16. 1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor” (ESPANHA, 1996).

¹⁸ “ARTICULO 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44” (ARGENTINA, 1984).

Por essa razão,

O problema que surge para se precisar quando há “começo de execução” ocorre porque a tentativa não é um tipo independente, porquanto não existe uma ‘tentativa em si’, mas sim tentativas de delitos determinados. “A tentativa é um tipo *dependente*, de maneira tal que não cabe entender as suas características partindo de si mesma, mas sim da sua vinculação ao tipo de determinado delito (ZAFFARONI, 2010, p. 44).

Em razão dessas dificuldades, foram concebidas inicialmente algumas *teorias negativas*, que se caracterizam por um conjunto de pensamento, nem sempre uníssono, mas que comunga a ideia de que é irremediavelmente impossível distinguir atos preparatórios de atos de execução (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 46).

Alguns italianos como Luigi Scarano, Di Falco e Vincenzo Cavallo chegaram a argumentar que os atos preparatórios devem ser punidos do mesmo modo que os atos de execução. Outra perspectiva teórica, no entanto, entende que a legislação não deve regulamentar os atos preparatórios (impuníveis) e o início da execução (punível), atribuindo-se essa função “[...] ao prudente arbítrio do magistrado, o que implica nada menos do que entregar ao juiz um problema de limite de tipicidade, sem dar a ele qualquer orientação” (ZAFFARONI, 2023, p. 667).

Na prática, essas perspectivas negativas estão representadas pelas denominadas *teorias subjetivas*, porque autorizam a punição de toda e qualquer vontade ilícita do autor, ignorando a existência de elementos objetivos na conduta humana (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 46-47).

Essas teorias sustentam que o início da execução deve ser definido pelo plano delitivo do autor, ou seja, “ações representadas como executivas no plano do autor caracterizam tentativa porque seriam portadoras de vontade hostil ao direito” (SANTOS, 2023, p. 389).

A ausência de critérios objetivos, no entanto, violaria os princípios da legalidade e da ofensividade, por permitir a punição da tentativa inidônea enquanto plano delitivo executado – mas sem possibilidade de consumação –, além de autorizar a punição de atos preparatórios, quando se analisa o fato objetivamente (SANTOS, 2023, p. 412-413).

Considerando, por outro lado, o disposto no Código Penal brasileiro, as teorias subjetivas não podem ser aplicadas por nossos tribunais, já que a legislação atual classifica os atos preparatórios e as tentativas inidôneas como indiferentes penais, além de impor a redução da sanção na execução frustrada.

As críticas contrárias às correntes subjetivas impulsionaram o surgimento da *teoria objetiva-formal*, sob inspiração de Beling, e que destaca a importância do próprio tipo para definir o início da execução.

Os aspectos subjetivos do plano delituoso, portanto, cedem espaço para os elementos objetivos da infração, reconhecendo-se como ato de execução toda conduta que se comunica com o núcleo do tipo. Assim, a execução do delito de homicídio tem início com a ação de começar a matar, o furto com a apropriação do bem, o estupro com o emprego de violência para prática de ato libidinoso etc.

Para Luiz Regis Prado (2025, p. 466), a teoria objetiva-formal considera que

[...] um Direito Penal de tipos só deve sancionar condutas a eles adequadas e que o tipo da tentativa só tem por objeto apreender aquelas condutas que realizam de forma incompleta o fato descrito como delito consumado. [...] exige-se que o agente realize, efetivamente, de modo concreto, uma parcela da própria conduta típica, penetrando, assim, no núcleo típico.

A teoria objetiva-formal representa um avanço dogmático óbvio em relação à subjetiva, quando condiciona a punibilidade da tentativa à realização da conduta prevista no núcleo do tipo. Essa homenagem ao princípio da legalidade não a torna imune de críticas, por restringir demasiadamente os atos executórios à realização da conduta incriminada no tipo.

Assim, argumenta-se que a fórmula “início da execução” não pode ignorar o dolo do agente, permitindo diferenciar ações formalmente iguais, mas com conteúdo distinto (SANTOS, 2023, p.406-408). Ou seja, a distinção do homicídio tentado para a lesão corporal consumada não pode ser extraída do ferimento produzido na vítima, mas do projeto delitivo do autor, que inclui a vontade consciente de matar ou lesionar.

As demais críticas à teoria objetivo-formal se direcionam no seguinte sentido: a) vínculo com o causalismo; b) desconsideração da *voluntas sceleris*; c) inobservância do princípio da ofensividade; d) ausência de definição sobre “início de realização do núcleo do tipo”, que permitiria precisar o momento em que realmente se começa a matar, roubar, furtar, etc.

Com o propósito de superar a teoria objetivo-formal, alguns doutrinadores afirmam que “[...] o legislador quis abarcar na sua proibição também os atos que são imediatamente anteriores à realização da conduta típica” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 49). Isso porque, na prática, nossos Tribunais nunca tiveram “[...] dúvida em condenar por tentativa de furto aquele que é detido ao saltar os muros de uma casa, sem ter em conta que, nos delitos de ‘pura atividade’, a tentativa seria quase inimaginável” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 48).

Essas deficiências contribuíram para se consolidar uma nova perspectiva acerca do início da execução, a *teoria objetiva-material*, que está fundada no perigo para o bem jurídico. A denominada teoria do ataque ao bem jurídico, de Mayer (2007, p. 425-426), sustenta que a execução inicia tanto com a realização do núcleo do tipo, como pela prática de condutas atípicas que expõe o bem jurídico a perigo. Por outro lado, a crítica dogmática ressalta que essa teoria não definiu quando ocorre – ou não – o ataque ao bem jurídico, abrindo margens para o arbítrio judicial.

Outra perspectiva teórica pode ser identificada pela fórmula de Frank, que “inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segunda [sic.] uma ‘concepção natural’” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 49).

Para Frank, “um começo de execução – dizia – se encontrará em todo ato da atividade cuja propriedade, de necessária homogeneidade com a ação do tipo, a faz aparecer para a concepção natural como parte integrante dela” (FRANK, apud ZAFFARONI, 2010, p. 53).

A crítica a essa teoria, por sua vez, aponta que a expressão “concepção natural” apresenta certa nebulosidade e indefinição própria desse critério linguístico. Dito de outro modo: “A ‘concepção natural’ é um critério para que o terceiro observador presume que a próxima etapa será o início da ação típica, mas não apresenta utilidade alguma quando a forma de determiná-lo é o plano concreto do autor” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 55). Além disso, argumenta-se que a nova perspectiva não solucionou os problemas identificados nas teorias anteriores (MESTIERI, 1990, p. 267-269).

Para Juarez Cirino dos Santos (2023, p.308-309, destaques original), a teoria de Frank deve ser objeto de críticas porque

[...] primeiro, antecipa o momento de punibilidade da tentativa, recuando a linha de demarcação entre ações preparatórias e ações executivas para incluir ações *exteriores* ao tipo legal [...]; segundo, ações *exteriores* ou *anteriores* ao tipo não possuem *potencialidade lesiva* do bem jurídico [...]; terceiro, pretender suprir a falta de *lesividade concreta* da ação pelo *perigo direto para o bem jurídico* significa incluir na área de punibilidade ações que o legislador *excluiu* do tipo legal, com lesão do princípio da legalidade.

Por último, desenvolveu-se a *teoria objetiva-individual*, também conhecida como teoria do plano concreto do autor, com o propósito de conciliar as vantagens da teoria subjetiva (plano do autor) com as contribuições das correntes objetivas.

Atualmente incorporada à legislação alemã, a teoria objetiva-individual parte do pressuposto de que o *iter criminis* é composto por aspectos objetivos e subjetivos, sendo necessário reconhecer a importância de ambos no início da execução.

No Segundo Título do Código Penal alemão, o §22 define a tentativa delitiva nos seguintes termos: “a infração penal é tentada por quem, de acordo com sua ideia do ato, começa imediatamente a cometer a infração”¹⁹.

Jescheck (2002, p. 555) ensina que a teoria foi incorporada na legislação alemã com a reforma de 1975, que substituiu a fórmula anterior (“início da execução”) por uma ideia mais apropriada, correspondente ao “começo da realização do tipo segundo sua representação do fato”. Ainda segundo o autor, o aspecto subjetivo foi vinculado a uma dimensão objetiva, caracterizada pela “colocação em marcha imediata à realização do tipo”.

Conforme se observa, a nova perspectiva teórica apresenta tanto uma dimensão subjetiva, representada pelo plano do autor, como uma dimensão objetiva, delimitada pelo começo da execução. Em outras palavras: a tentativa começa com a atividade com que o autor se aproxima da realização do tipo, em conformidade com seu plano delitivo.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2023, pp. 404-405), no interior da teoria objetivo-individual existem correntes distintas, que convergem quanto à sua dimensão subjetiva (plano do autor), mas divergem em relação à estrutura objetiva (“começo de execução”).

¹⁹ No original: “Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.” (DEUTSCHLAND, 1871).

A controvérsia acerca do elemento objetivo se apresenta por meio de duas variantes: a) a primeira, que é dominante na doutrina, sustenta que a execução tem início com a realização da conduta atípica imediatamente vinculada ao núcleo do tipo, em alusão à teoria objetiva-material de Frank; b) a segunda, minoritária, entende que a execução tem início com a realização da conduta específica do tipo, alinhando-se à teoria objetiva-formal representada por Vlogler.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 29-31), a teoria objetiva-individual ainda se apresenta como a mais apropriada para a análise da tentativa, embora também reconheçam a necessidade de aprimorá-la.

Em relação ao aspecto objetivo, Welzel (apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 53) entende 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 tipo do delito”.

Para identificar qual conduta será classificada como “ato imediatamente anterior ao núcleo do tipo”, torna-se necessário, portanto, investigar qual é o plano de ação do autor, dadas as infinitas possibilidades de realização de um delito.

Destarte,

Na delimitação entre tentativa e preparação, deve-se partir da “representação do autor sobre o fato”, pois o sucesso externo realizado, meramente fragmentário e, em qualquer caso, na tentativa inacabada, só pode ser compreendido a partir do *plano do autor*. Por isso, para responder à questão de se há o início imediato da realização do tipo, é necessário considerar como o autor imaginou o curso do fato, bem como quando e de que forma pretendia iniciar a ação executiva típica. [...] Além disso, é determinante que o comportamento, ainda que formalmente atípico, esteja tão estreitamente vinculado à verdadeira ação executiva que possa passar para a fase decisiva do fato *sem a necessidade de passos intermediários essenciais* (JESCHECK, 2002, p. 558, destaques no original).²⁰

Inobstante a isso, o próprio Jescheck reconhece que a teoria objetiva-individual não é suficiente para solucionar algumas modalidades de tentativa. Nos delitos omissos, por exemplo, é preciso observar o exato momento em que o bem jurídico protegido é exposto a perigo, ou se existe um incremento do risco. Também é preciso aprimorar a fórmula na autoria mediata para não produzir um efeito contrário do esperado, isto é, não ampliar a intervenção do Direito Penal, ao invés de restringi-la. Nesses casos,

²⁰ No original: En la delimitación entre tentativa y preparación hay que partir de “la representación del autor sobre el hecho”, pues del suceso externo realizado, meramente fragmentario y, en cualquier caso, en la tentativa inacabada, sólo puede comprenderse desde el plan del autor. De ahí que para responder a la pregunta de si concurre la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo hay que atender a como se ha imaginado el autor el curso del hecho, así como a cuándo y de qué forma quiso comenzar con la acción ejecutiva típica. [...] Determinante es, además, que el comportamiento que todavía es formalmente atípico debe estar tan estrechamente vinculado con la verdadera acción ejecutiva, que pueda pasarse a la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios esenciales

[...] o critério que deve ser considerado correto não é a intervenção do homem de trás sobre o instrumento, mas sim o início da realização do tipo por parte desse instrumento, ou, antes, o seu envio pelo autor mediato, sempre que isso deva levar imediatamente à concretização do fato, sem estágios intermediários. (JESCHECK, 2002, p. 560).²¹

Nas últimas décadas, porém, tem se discutido a necessidade de superar as deficiências da teoria objetiva-individual por meio da teoria do ato produtor da finalidade, que reconhece a importância do conceito final de ação para delimitar o sentido e o alcance da expressão “início da execução”.

3.1.1 Teoria do ato produtor da finalidade

Nas seções anteriores mencionamos que uma das principais críticas direcionadas à teoria objetiva-material se refere à ampliação dos atos executórios para comportamentos atípicos, violando o princípio da legalidade.

Com o propósito de corrigir esse problema, o argentino Nelson Pessoa formulou a teoria do ato produtor da finalidade, em 1987, atribuindo novos contornos aos atos preparatórios e aos atos de execução.

Segundo afirmado pelo autor (1998, p. 61), “Nosso trabalho é uma tentativa de dar continuidade à pesquisa pelo caminho aberto por Welzel, valendo-nos especialmente de toda a riqueza conceitual proporcionada pela teoria final da ação [...]”.²²

Nesse sentido, a teoria do ato produtor da finalidade parte do pressuposto de que a ação humana – e, por consequência, o projeto de crime – possuem as seguintes características: a) apresenta um nítido componente final; b) manifesta-se concretamente no mundo como um fenômeno de absoluta individualidade; c) corresponde a um processo de seleção de meios para obtenção de dada finalidade.

Por sua vez, argumenta-se que o *componente final* deve ser extraído do próprio conceito final de ação, segundo o qual

A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução dos fins (WELZEL, 2009, p. 29).

Não obstante a isso, a individualidade da conduta humana está integrada à estrutura metafísica do homem, porque

O homem, metafisicamente visto, não é um ente flutuando no vazio absoluto, mas sim um ser “inserido” no mundo, imerso em suas

²¹ No original: [...] el criterio que debe considerarse correcto no es la intervención del hombre de atrás sobre el instrumento, sino la puesta en marcha de la realización del tipo por parte de dicho instrumento, o antes, el envío del mismo por parte del autor mediato, siempre que ello deba seguir inmediatamente el hecho sin estadios intermedios.

²² No original: Nuestro trabajo es un intento de continuar la investigación por la senda abierta por Welzel, valiéndonos especialmente de toda la riqueza conceptual que brinda la teoría final de la acción [...].

circunstâncias, das quais não pode escapar. Ele é um ente que coexiste com outros homens em um cenário inevitável de tempo, espaço e outros seres (PESSOA, 1998, p. 65).²³

Em síntese, entende-se que não existem “ações abstratas”, mas comportamentos concretos, que se manifestam como fenômenos individuais em razão de circunstâncias irrepetíveis de tempo, lugar, modo de execução, e características pessoais como confiança, medo, preferências e outra idiossincrasias. Por esses motivos, o plano delitivo se caracteriza como um projeto individual e único, condicionado às circunstâncias materiais do fato e às características singulares do autor, que delimita o fim e seleciona os meios para sua ação.

O processo de seleção dos meios, por seu turno, está estruturado nos seguintes termos: a) processo mental de retrocesso, no sentido de que o autor tenta antever o percurso do crime, representando o fim, o meio e as circunstâncias de fato certas, possíveis, prováveis e improváveis; b) singularidade das circunstâncias que se manifestam, concretamente, na execução do plano delitivo; c) divisão funcional dos comportamentos, enquanto núcleo duro do processo de seleção de meios.

Apesar de Pessoa aprimorar a ideia de singularidade do plano, reconhecendo que não se deve deixar de separar “[...] o plano do conceitual ou ontológico e o plano do real ou ôntico” (PESSOA, 1998, p. 66)²⁴, parece que o principal mérito da teoria do ato produtor da finalidade reside no último – e principal – elemento atribuído ao projeto de realização do crime, qual seja, a divisão funcional da ação final. Ao afirmar que o agente interpreta a cadeia causal do próprio crime atribuindo funções distintas (acessórias ou principais), verifica-se um ganho teórico na análise da tentativa porque a fórmula “início da execução” será definida pela conjugação do elemento subjetivo (plano do autor) com um objetivo (divisão funcional), sem ignorar a manifestação concreta de comportamentos que auxiliam na consecução do fim (preparatórios), e atos classificados como suficientes para produzir a própria finalidade (execução).

Nesse sentido, Pessoa entende que na divisão funcional: “[...] existe um ato ou atos que foram escolhidos especificamente para produzir o resultado e outros que foram considerados pelo autor não para alcançar diretamente seu fim, como os primeiros, mas para preparar ou viabilizar aquilo que de fato conduz à finalidade” (PESSOA, 1998, p. 71).²⁵

Nelson Pessoa também afirma que os problemas atribuídos à teoria objetiva-material, pela adoção da “fórmula de aproximação”, podem ser reduzidos com a possibilidade de determinar “[...] o grau de avanço ou de objetivação que a conduta teve que alcançar no mundo em relação ao seu plano concreto para se poder falar em tentativa” (PESSOA, 1998, p. 73).²⁶

²³ No original: El hombre, metafisicamente visto, no es un ente flotando en el vacío absoluto, sino que es un ser “metido” en el mundo, está inmerso en sus circunstancias, éstas le son inevitables, el hombre es un ente que coexiste con otros hombres em um insoslayable escenario de tempo, espacio y otros entes

²⁴ No original: [...] el plano de lo conceptual u ontológico y el plano de lo real u óntico.

²⁵ No original: [...] existe um ato ou atos que foram escolhidos especificamente para produzir o resultado e outros que foram considerados pelo autor não para alcançar diretamente seu fim, como os primeiros, mas para preparar ou viabilizar aquilo que de fato conduz à finalidade.

²⁶ No original: [...] el grado de avance o de objetivación que em el mundo tuvo que haber alcanzado la conducta em relación a su plan concreto para poder hablar de tentativa

Para o autor, o início da execução poderia ser definido do seguinte modo: devem ser classificados como atos preparatórios aqueles que, na perspectiva do agente, são capazes de instrumentalizar ou tornar possível a consecução da ação final. Os atos de execução, por sua vez, são aqueles classificados como adequados para produzir o resultado, já que sua função é assegurar ou tornar efetivo o plano concebido.

Enquanto os atos preparatórios “[...] foram pensados [...] para preparar ou tornar possível o ato que de fato produz a finalidade” (PESSOA, 1998, p. 71)²⁷, os atos executivos são aqueles que “[...] foram escolhidos especificamente para produzir o resultado” (PESSOA, 1998, p. 71)²⁸.

Entende-se, portanto, que os atos preparatórios não são aptos a alcançar, isoladamente, o resultado típico; sua função imediata é de favorecimento ao plano concreto do autor. Ao contrário, os atos executórios são suficientes para produzir, por si só, o fato proibido pela norma.

Pessoa (1998, p. 61) também adverte que a teoria do ato produtor da finalidade não deve ser considerado um sistema autônomo e independente, mas tributário do sistema formulado por Welzel, especialmente a teoria final da ação, que representa a pedra angular do conjunto de ideias destinadas a explicar a teoria do delito.

De igual forma, Juarez Cirino dos Santos (2023, p. 386) entende que o Código Penal brasileiro incorporou o paradigma finalista na sua parte geral, já que a estrutura objetiva e subjetiva do tipo de injusto pressupõe conceitos capazes de apreender as dimensões psíquica e fática da ação humana, tentada e consumada.

Destarte,

Assim como a teoria causal da ação e o correspondente modelo objetivo de tipo de injusto engendram as teorias objetivas da tentativa, a teoria final da ação e o correspondente modelo objetivo e subjetivo de tipo de injusto originaram as teorias objetivo-subjetivas. O conceito de início de execução, que caracteriza a tentativa de um delito doloso e separa ações preparatórias impuníveis e ações executivas puníveis, antigamente definido pela pauta objetiva do modelo causal de crime, hoje deve ser definido pelo critério objetivo-subjetivo do modelo final de crime da lei penal (SANTOS, 2023, p. 386-387).

Embora a doutrina brasileira reconheça a importância do conceito final de ação, não é possível dizer que a teoria do ato produtor da finalidade possua o mesmo prestígio por parte dos nossos penalistas.

Em dissertação sobre o tema, Vítor Moreira Pfeilsticker (2013, p. 90) lembra que somente a obra de Marina Becker aborda a teoria de Nelson Pessoa no Brasil, quando afirma que referida teoria “ressente de um formalismo excessivo, compatível com a teoria formal-objetiva” (BECKER, 2004, p. 161). Entende-se ainda que “[...] esta não é uma nova teoria, mas apenas uma particular releitura da teoria objetivo-individual, uma vez que seus fundamentos são praticamente os mesmos.” (BECKER, 2004, p. 166)

²⁷ No original: [...] fueron pensados [...] para prepara o hacer posible e lacto que si produce la finalidad

²⁸ No original: [...] fueron escogidos específicamente para producir el resultado

Por sua vez, Victor Pfeilsticker (2013, p. 90) demonstra perplexidade pelo “[...] fato de tal teoria não ser sequer mencionada por Zaffaroni em suas obras mais atuais, considerando que este autor foi responsável pela redação do prólogo da 2ª edição de *La Tentativa*” (PFEILSTICKER, 2013, p. 90).

Apesar do autor afirmar que Nelson Pessoa se esforçou para definir os atos de execução com precisão, o mesmo ressalta ter encontrado dificuldades de aplicação da teoria do ato produtor da finalidade em determinados casos.

Isso pode ser observado quando Pfeilsticker (2013, p. 102-106) realiza a testagem da teoria do ato produtor da finalidade em quatro casos: a) autoria mediata; b) delitos omissivos impróprios; c) crimes que exigem atos múltiplos na execução; d) delitos qualificados.

No primeiro, descreve o caso de um médico que decide matar a paciente, valendo-se de um enfermeiro que irá administrar um medicamento altamente prejudicial à vítima. O médico, então, prepara a droga e a entrega ao enfermeiro, que, além de desconhecer a intenção do chefe, também não possui nenhum motivo para desconfiar da sua conduta.

Apesar de Pessoa entender que a execução tem início somente com a efetiva aplicação do remédio, Vitor Pfeilsticker (2013, p. 102) argumenta que

[...] o início de execução de um crime não pode estar vinculado a ato de terceiro, mas, sim, a ato do próprio agente. O que interessa, neste sentido, é a análise do ato do agente em relação ao emprego do meio escolhido para atingir a finalidade. No caso em questão, o ato produtor da finalidade ocorreu, em virtude de ter sido acionado o ‘meio’ apto a produzir o resultado pretendido.

No segundo caso, trabalha-se com a hipótese de que uma mãe deixou de amamentar seu filho recém-nascido, com a intenção de mata-lo por inanição. Pessoa afirma que nos crimes omissivos impróprios, “[...] já existe ou começa a tentativa desde o momento em que a não realização da conduta devida faz surgir o perigo para o bem jurídico [...]” (PESSOA, 1998, p.100)²⁹. Pfeilsticker (2013, p. 103-104), por sua vez, sustenta que não é possível punir a tentativa de omissão imprópria pela legislação penal atual, face à dificuldade de se admitir o início de um “não-fazer”.

O terceiro caso descreve uma mulher que pretende matar o marido ministrando doses diárias de veneno, ciente de que uma única dose é insuficiente para provocar o resultado pretendido. Pfeilsticker (2013, p. 105) concorda com Nelson Pessoa no sentido de que a execução tem início quando a primeira dose é ministrada, porque o veneno corresponde ao meio eleito como adequado para produção da morte, independentemente do fracionamento da dose.

Por último, descreve-se o caso de um indivíduo que pretende matar a vítima com disparo de arma de fogo e emboscada. O autor, então, desloca-se até o local escolhido, dispara a arma contra a vítima, mas erra o alvo. Aqui, ambos também entendem que a execução teve início com o ato produtor da finalidade, isto é, quando o agente faz a pontaria com intenção de disparar a arma (PFEILSTICKER, 2013, p. 105-106).

²⁹ No original: [...] ya existe o comienza la tentativa desde el momento em que la no realización de la conducta debida hace surgir el peligro para el bien jurídico [...]

Conforme se verifica, é possível afirmar que a teoria do ato produtor da finalidade representa um pequeno avanço na interpretação do crime tentado, na medida em que se propõe a delimitar o início da execução a partir da divisão funcional da ação. Apesar de Pessoa reconhecer que o plano delitivo é definido por circunstâncias fáticas únicas e características individuais do infrator, não se pode ignorar a dificuldade prática em classificar certos atos como idôneos para tornar possível o crime (preparatórios) e os que são classificados pelo agente como adequados para produzir o resultado (execução).

Essa dificuldade semântica, a nosso sentir, faz com que a teoria de Nelson Pessoa tenha um alcance incerto, sem apresentar respostas satisfatórias para todos os problemas apontados pelas teorias anteriores.

Por essas razões, acredita-se que a teoria do ato produtor da finalidade poderia ser submetida a um debate doutrinário mais intenso, com novas testagens e aprimoramento dos critérios apresentados, com o propósito de avançar na solução do problema – ainda atual – da diferença entre atos preparatórios e atos de execução.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo verificar se a teoria do ato produtor da finalidade, desenvolvida por Nelson Pessoa, efetivamente representa algum avanço na distinção entre atos preparatórios e atos de execução.

Nesse sentido, esclareceu-se que o instituto da tentativa teve origem no direito francês, que passou a classificar a tentativa como realização frustrada ou abandonada de atos de execução, manifestados por comportamentos exteriores. Referida ideia foi incorporada a todas as legislações brasileiras, encontrando-se, atualmente, disciplinada pelo art. 14, inc. II do Código Penal.

Na sequência, mencionou-se que essa previsão legal possui natureza jurídica de norma de extensão, e impõe a redução da pena, entre um e dois terços, na terceira etapa de dosimetria.

Destacou-se, também, que no Brasil a tentativa tem como fundamento político-criminal a necessidade de reprovação do perigo de ofensa ao bem jurídico, conforme disposto pela teoria objetiva.

Na sequência, foram analisadas as etapas da realização do delito, esclarecendo que a) a cogitação sempre foi impunível, enquanto b) os atos preparatórios – em regra – representam indiferentes penais, e c) os atos de execução são reprovados juntamente com a consumação, por força do art. 14 do Código Penal.

Diante da necessidade de diferenciar os atos preparatórios, impuníveis, dos atos de execução, puníveis, foram apresentadas as principais teorias que tentam definir o sentido e o alcance da expressão “início da execução”, com destaque para a teoria do ato produtor da finalidade.

Apesar da teoria inovar na interpretação desse elemento fronteiro, entendendo que os atos de execução são aqueles concebidos pelo autor como suficientes para produzir o resultado típico, algumas testagens de casos revelaram certas dificuldades de aplicação a situações controversas.

Por todas essas razões, conclui-se que a teoria do ato produtor da finalidade representa, sim, certo ganho teórico em relação a outras correntes, mas precisa ser objeto de novas reflexões doutrinárias para ampliar seu alcance dogmático, apresentando respostas coerentes aos casos que ainda não são solucionados adequadamente pela doutrina penal.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*. Ley 11.179, de 29 de outubro de 1921. Disponível em <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/actualizacion#7>. Acesso em 03 dez. 2024.
- BECKER, Marina. *Tentativa Criminosa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 1: parte geral*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2025.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral. (fato punível)*. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 18 ago. 2022.
- BRASIL. *Lei de Contravenções penais*. Decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em 18 ago. 2022.
- BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.) Índices e Códigos Penais históricos do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BRASIL. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.) Índices e Códigos Penais históricos do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- DEUTSCHLAND. *Strafgesetzbuch*, 15. mai 1871. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/inhalts_bersicht.html. Acesso em 03 dez. 2024.
- ESPANHA. *Código Penal*. Ley Orgánica nº 10, de 23 de novembro de 1995. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em 03 dez. 2024.
- FRANCE. *Code Pénal de L'empire Français*. Loi du 12 février 1810. Disponível em: https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm. Acesso em 25 jul. 2022.
- JAKOBS, Günter. *Derecho penal: parte geral – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; THOMAS, Weigend. 5. ed. renov. e ampl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002

MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: editorial ibdef, 2007.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal: parte geral*. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990.

PESSOA, Nelson. *La tentativa: distincion entre actos preparatórios y actos de ejecucion de delitos*. 2. ed. atual. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

PORTUGAL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em 03 dez. 2024.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. Londrina: Thoth editora, 2025

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Curso de direito penal: parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

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