

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

ASSESSORIA CRIMINAL

PROTOCOLO Nº E-15/04145/90

(INQUÉRITO 455/90 - 12ª DP; Nº 44.992 – 19ª VARA CRIMINAL
E 3459 – 1ª VARA CRIMINAL – CAPITAL)

Conflito de atribuições entre Órgãos do Ministério Público. Fato provisoriamente capitulado como tentativa de sequestro (art. 148, c/c 14, nº II, do Cód. Penal), em que se vislumbra crime doloso contra a vida. Impossível reconhecer-se, mesmo em tese, homicídio tentado, se os elementos indiciários colhidos não permitem descrever-se conduta apta à causação do resultado morte, já que a mera alusão a intenções não basta para preencher a “exposição do fato criminoso” exigida na lei processual (art. 41 do Cód. de Proc. Penal). Parecer pela prevalência da atribuição do Órgão atuante junto ao Juízo criminal singular.

PARECER

Verte-se inquérito policial oriundo da prisão em flagrante de dois cidadãos que, segundo narrativa constante do auto respectivo, teriam, a mando de um terceiro, atraído duas pessoas a certo local, para sequestrá-las, com o intuito de, posteriormente, matá-las. Tais pessoas, antevendo o perigo, se fizeram acompanhar de agente policial, que prendeu aqueles indivíduos quando abordavam uma delas, apontando-lhe armas de fogo e prometendo tirar-lhe a vida (fls. 2/13). A Autoridade Policial, na 12ª Delegacia desta Cidade, passou notas de culpa aos presos, dando-os por incursos nas penas do art. 148, c/c 14, nº II, do Código Penal, isto é, de sequestro tentado (fls. 14 e 16/17); e fez distribuir-se o feito a um dos MM. Juízos Criminais singulares do Forum Central desta Comarca (19ª Vara Criminal, fls. 58), a quem representou pela prisão preventiva do mandante do ilícito (fls. 52/57). A douta Promotoria junto àquele MM. Juízo, porém, vislumbrando, na espécie, tentativa de homicídio qualificado, manifestou-se pela redistribuição do processado a um dos MM. Juízos privativos do Tribunal do Júri (fls. 72/73), no que foi atendida (fls. 74/75); mas o ínclito Órgão ministerial junto ao MM. Juízo da 1ª Vara Criminal desta Capital, aonde foram ter os autos, deu pela inoccorrência de crime doloso contra a vida e suscitou conflito negativo de atribuições (fls. 77/78), vindo, então, a matéria à Procuradoria-Geral de Justiça, para dirimência respectiva (fls. 80/81).

2. A questão que se põe é, portanto, a de saber se o fato, originador do procedimento, deve ser considerado, em tese, como crime doloso contra a vida — nomeadamente tentativa de homicídio — ou não.

3. Ressalvada a controvertível admissibilidade de imputação alternativa (cf. Afranio Silva Jardim, *A imputação alternativa no processo penal*, in “Rev. de Dir. da PGJ/RJ”, 1985, 21:26/40), a incerteza poderia resolver-se à luz da regra *in dubio pro societate*,

que preside a persecução criminal, em oposição à máxima *in dubio pro reo*, que lhe domina o deslinde. Então, a imputação mais grave — homicídio tentado — seria a eleita. Mas o imperativo legal da “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” (art. 41 do Código de Processo Penal) exigiria, em tal caso, a descrição coerente do *início de execução* de um crime de homicídio, na espécie, de sorte a propiciar o pleito de aplicação conjugada dos arts. 121 e 14, n^o II, do Código Penal.

4. Aí se angustia aquela indagação em mais reduzido foco, qual o de se buscar, no fato, elementos desse *início de execução*; mas se alarga, por outro lado, o problema prático de se distinguir *quais* são esses elementos, corolário da incógnita teórica representada pelo próprio conceito de “início de execução” de qualquer crime.

5. Esbarra-se, pois, em *vexata quæstio*. Embora a definição de crime tentado já se ensaiasse em 1532, na Lei Carolina (*apud* Prins, *Science Penale et Droit Positif*, 1^a ed., 1899, n^o 221, p. 135), a noção de “começo de execução”, como índice de configuração incompleta do tipo punível, que vinha dos práticos, nomeadamente de Deciano (*apud* Hungria, *Comentários ao Cód. Penal*, 3^a ed., 1955, vol. I, tomo 2^o, n^o 62, p. 75, nota 4), somente parece ter-se imiscuido nos sistemas penais a partir de uma lei francesa de 1795 (22 prairial, ano IV), cuja repercussão no Código Napoleônico de 1810 a faria espalhar-se por legislações repressoras subsequentes, inclusive a brasileira, pelo menos a partir do Código Criminal de 1890 (v. Boitard-Hélie, *Leçons de Droit Criminel*, ed. s/d., n^o 22, p. 32; Costa e Silva, *Comentários ao Cód. Penal*, 2^a ed., 1967, p. 64). A fórmula pôs engenhoso fim a certas perplexidades, oriundas das imprecisões do direito anterior, mas, como notam Merle e Vitu, ficou mui longe de resolver todas as dificuldades, notadamente as de distinção entre “atos preparatórios” (*conata remota*) e “atos de execução” (*conata proxima*) do crime (v. *Traité de Droit Criminel*, 4^a ed., 1981, tomo I, n^o 447, p. 563).

6. Das teorias engendradas, nestes dois séculos seguintes àquele achado legislativo, não parece nenhuma delas ter estabelecido tranquilamente essa distinção. De um modo geral, dizem-se essas teorias *objetivistas* e *subjetivistas*, segundo enfatizem a realização de elementos do tipo (isto é, a efetiva prática, pelo agente, de atos integrantes da conduta descrita na norma incriminadora) ou a intenção do agente (ou seja, a expressão de sua vontade de delinquir em atos tendentes à configuração do tipo). O realce do querer do agente acena com um retorno à idéia, inserta na aludida *Constitutio Carolina*, de uma “vontade má punível” (*böse Will... peinlich zu strafen*), senão aos critérios da Lei Cornélia, implacavelmente apenadora da mera posse de armas *hominis occidendi, furtive faciendi causa*, consoante excerto de Marciano (L. 1, D., *Ad legem Cornelianam de sicariis et veneficiis*, XLVIII, 8). Isto afugentou os juristas liberais das concepções subjetivistas, onde se aquartelou o positivismo criminológico, crismado na “temibilidade” ou “perigosidade” do agente como fundamento da pena, inclusive na tentativa (cf. Garofalo, *Criminologia*, trad., 4^a ed., 1925, pp. 382 e segs.); e a reação axiológico-normativista aos excessos do cientificismo jurídico-penal os levou a fundamentar a punibilidade da tentativa na postulação de uma perigosidade *do fato* — perigo para a ordem jurídica, no entender de Kohler, Mayer e Wachenfeld; perigo para o bem jurídico, na lição de Van Calker e Stooss; perigo objetivo de realização do fato delituoso concreto, na opinião de Von Hippel; e assim por diante (cf. Costa e Silva, *op. cit.*, p. 72).

7. Nessas bases assentou o chamado critério *material* de identificação dos atos de execução do crime, em função da presença, na conduta, de *efetivo ataque*, ou *peri-*

go, ou ameaça ao bem jurídico tutelado. A tal orientação aderiram nomes da mais alta estatura doutrinária, como Hungria (*op. cit.*, pp. 73/74 e 81/82), Fragoso (*Lições de Direito Penal – Parte Geral*, 7ª ed., 1985, nº 232, p. 251) e Ivair Nogueira Itagiba (*Homicídio, Exclusão de Crime e Isenção de Pena*, 1ª ed., 1958, tomo I, nº 47, p. 157). Outros exímios juristas, contudo, inclinaram-se para o critério dito *formal* e havido por abrangente daqueloutro, reputando começada a execução do crime quando o agente ingressa na realização do tipo, concretizando a conduta descrita no núcleo da norma repressora e/ou em algum dos seus elementos; assim, Magalhães Noronha (*Direito Penal*, 5ª ed., 1968, 1º vol., nº 73, p. 121/122), Anibal Bruno (*Direito Penal*, 2ª ed., 1959, vol. I, tomo 2º, pp. 229 e 235) e William Wanderley Jorge (*Curso de Direito Penal*, 6ª ed., 1986, vol. I, nº 155, pp. 391/392).

8. Todavia, a própria inspiração normativista dessas soluções havia de impor, como imprescindível, a investigação do elemento psicológico, volitivo, na determinação do momento executório do comportamento delituoso, quando mais não fosse porque, desde a referida e ancestral definição romano-germânica, a *vontade do agente* sempre integrou as conceituações legais do tentame criminoso. Sem a consideração de um *propósito* de conduta, dê um *objetivo* perseguido, de u'a *meta optata*, as preocupações de segurança, ditadoras desses critérios, permanecem a descoberto: o galhofeiro que esconde a carteira do amigo, para vê-lo atarantado à hora de um pagamento, comete tentativa de furto; o mestre de natação que empurra o aprendiz à piscina, para treiná-lo em manter-se à tona, responde por homicídio tentado; e assim por diante. Abundam exemplos de situações análogas (v. Boitard-Hélie, *op. cit.*, pp. 28/29), tanto quanto de hipóteses reversas, em que, embora a conduta em nada se assemelhe ao tipo, traduz manifesta intenção criminosa do agente.

9. Daí a tendência, mesmo entre jurisperitos de perfil ideológico marcadamente objetivista, a um compromisso com o subjetivismo, mediante inscrição, com maior ou menor disfarce, de notas condicionantes de voluntariedade no conceito de "início de execução". Ressuscitam-se, dessarte, propostas clássicas de diferenciação, como a de Carmignani, entre "univocidade" e "equivocidade" dos atos, de que Carrara foi o grande instigador (cf. Merle-Vitu, *op. cit.*, nº 540, p. 565, nota 4), embora a repudiasse, depois, em favor da teoria dita "do ataque à esfera jurídica da vítima" (cf. Hungria, *op. cit.*, p. 79): tal o alvitre de Leone, aduzindo aquela "univocidade" à exigência de *idoneidade dos atos*, entendida, sob o prisma da causalidade adequada, como "probabilidade de produzir o resultado" (*in Elementi di Diritto e Procedura Penale*, 5ª ed., 1981, nº 35, p. 67). O provector Horst Schröder, a despeito da ausência de qualquer dado subjetivo na definição de tentativa do § 43 do Código tedesco, sobrepõe-lhe referência a uma "vontade delitiva" (*Deliktswill*; v. *Strafgesetzbuch – Entführung*, 14ª ed., 1974, p. 14). E o magistral Eduardo Corrêa, na cautela de manter amarras à concepção objetiva, define atos de execução como sendo os que "preenchem um elemento constitutivo do tipo legal de crime" e "são idôneos a causar o resultado nele previsto", mas aí inclui, também, os que, "segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, são de natureza a fazer esperar que se lhe sigam atos" assim típicos e idôneos (*in Código Penal – Projecto da Parte Geral*, ed. 1963, p. 80).

10. Esta última sugestão, do Mestre luso, formula, em termos de presunção *hominis* ou *facti*, a chamada teoria objetiva-individual de Welzel e Zaffaroni, à luz da qual o começo de execução do crime — a distinguir-se do começo de execução da "ação típica" — deve abranger "os atos que, de acordo com o plano do sujeito, são imedia-

tamente anteriores ao início da conduta típica" (cf. Damásio de Jesus, *Direito Penal*, 10ª ed., 1985, vol. I, p. 285). Convenha-se que o articulado do Professor de Coimbra tem o mérito de pôr às claras, com o apelo à "experiência comum" e à "imprevisibilidade", o cunho inevitavelmente *presuntivo* da prospecção desse suposto "plano do sujeito", de elaboração mental dificilmente aferível nas vias probatórias ordinárias. A menos que arbitrariamente se "adivinha" qual o "plano" desenvolvido nas cerebrações do agente, antes ou no momento do fato, somente a *presunção* fundada nas circunstâncias deste permitirá identificarem-se esses "atos imediatamente anteriores ao início da conduta típica".

11. Por isso mesmo, talvez a saída para o impasse esteja na consideração do próprio sistema do Código Penal que, inobstantes as incursões finalistas da reforma de 1984, ainda afivela a imputação ao nexo de causalidade (art. 13). Retornando-se às clássicas teses de Impallomeni, Massari e Manzini (*apud* Hungria, *op. cit.*, p. 80), perquirir-se-á, à luz do nosso texto legal, indubitavelmente submisso à doutrina da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non* (cf. Francisco Campos, *Exposição de Motivos ao Cód. Penal de 1940*, nº 11), se a conduta em exame põe condição para a realização do tipo, no modo pelo qual as circunstâncias indicam que o agente intentava perfazê-lo. Assim, o provável gatuno, surpreendido no quintal da casa, *tenta furtar* porque perluastra via *sem a qual não teria acesso* aos bens subtraíveis; o potencial homicida que deixa o veneno ao alcance da vítima, embora esta não chegue a ingeri-lo, *tenta matar* porque subministra meio *sem o qual não morreria tal vítima* desse modo insidioso; e assim por diante. É claro, porém, que essa consideração do *modo de execução* nos leva de volta ao problema do descortino subjetivo da vontade do agente, ainda que através da avaliação objetiva das circunstâncias vinculadoras da conduta ao resultado inatingido e muito aquém da especulativa dedução de um "plano criminoso", que se imagine formado no intelecto do agente.

12. Não é decerto outra, senão a insuficiência de todos esses alvíres teóricos, a razão por que a jurisprudência dos nossos Tribunais se vem abstando, sistematicamente, da adoção desabrida de qualquer deles. Os Egrégios Tribunais de Justiça de São Paulo (cf. "Rev. For.", 1983, 282:338; 1980, 270:292), do Acre (cf. "Rev. For.", 1981, 276:268) e do antigo Estado da Guanabara (cf. "Rev. Jur. TJGB", 1964, 6:434; 1968, 17:474/475) afinaram, algumas vezes, com o chamado critério material; mas este último, pelo menos uma vez, voltou-se para o denominado critério objetivo-individual (cf. "Rev. Jur. TJGB", 1970, 22:486/487) e o primeiro, para o critério formal (cf. "Rev. Trib.", 1953, 207:72). Os Egrégios Tribunais de Justiça de Minas Gerais (*apud* Delmanto, *Cód. Penal Comentado*, 2ª ed., 1988, p. 14) e do Rio Grande do Sul (cf. "Rev. For.", 1977, 260:345/346), assim como o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal deste Estado (cf. "Rev. For.", 1989, 305:261/262), andaram filiados ao critério formal, mas os dois primeiros acrescentaram-lhe, em dados momentos, as exigências de idoneidade dos meios e de intencionalidade (cf. "Rev. For.", 1952, 129:434; 1981, 277:292; "Minas Forense", 1959, 32:132; "Rev. Jurídica", 1954, 7:294). O Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul chegou ao extremo de reputar insuficiente, para evidenciação de *animus occidendi*, o disparo de arma de fogo contra a cabeça da vítima (cf. "Rev. For.", 1984, 285:383/384).

13. Em todo esse *imbroglio* teórico e pretoriano há, no entanto, um ponto onde parecem convergir todas as tendências e doutrinas, a saber, na proscrição da punibilidade medieval da "vontade má": a só intenção de delinquir, *ainda que exterioriza-*

da por atos, não traduz tentativa criminosa; é necessário um *plus*, seja ele a "univocidade e idoneidade dos atos e meios" do pensamento clássico, a "potencialidade causal" da tese exegética, o "ataque, ameaça ou perigo para o bem jurídico" da teoria material, o "ingresso na realização do tipo" do critério formal, a presuntiva consequência típica do objetivismo recente ou a "anterioridade segundo o plano do sujeito" da solução objetiva-individual. Vale dizer, aclara-se a zona cinzenta entre "atos preparatórios" e "atos executórios", entre ante-fato e *início de execução*, na medida que a conduta do agente *aproxime*, pelo menos por operação mental, o resultado.

14. Ora, na espécie, é fora de dúvida que os indiciados *tinham intenção de matar* as vítimas, não só porque o confessam (fls. 11/13), como também porque o teriam dito, no ato da abordagem de uma delas ("... vai morrer agora", fls. 2). Mas também é certo que não chegaram a praticar qualquer ato "unívoco e idôneo" à produção do resultado morte, ou "potencialmente causal" desse resultado, ou que efetivamente "atacasse, ameaçasse ou pusesse em perigo" o bem jurídico vida, ou que pudesse representar "ingresso na realização do tipo" do art. 121 penal, ou que autorizasse a presunção de que se lhes seguiriam os atos dessa natureza, ou finalmente, que se mostrassem "imediatamente anteriores, segundo o plano deles, agentes", à concretização da conduta típica de matar. Ao revés, os indícios são de que os atos praticados visavam a um escopo *mediato* — privar as vítimas de sua liberdade — que, depois de atingido, *propiciaria* a produção do resultado morte. Como nota, percutientemente, o eminente Promotor oficiante às fls. 77/78, no momento em que se lhes apresentou uma das vítimas, à porta do apartamento aonde a tinham atraído, tiveram-na os indiciados à sua mercê, sob a mira de suas armas, mas se limitaram a ameaçá-lo de morte, concitando-a a não reagir. Não há, pois, dado de fato ou operação mental que *aproxime* aquele propósito letal da conduta dos agentes, que, a toda evidência, o tinham projetado, no tempo — e, possivelmente, no espaço — para momento futuro.

15. Nestas condições, seja qual for a teoria adotada para definir-se *início de execução* de crime, faltam, no caso, elementos aptos à identificação de um homicídio "começado". A narrativa do fato, tal como deduz-se dos autos, exibirá uma inequívoca *intenção* de matar, mas não um atentado contra a vida.

16. Segue-se não ser possível, com os dados disponíveis, a "exposição, com todas as suas circunstâncias", de um crime doloso contra a vida, o que obsta a reconhecer-se, embora em tese, semelhante crime na hipótese vertente. Donde assistir razão, *data venia* da douda Promotoria suscitada, ao insigne Órgão suscitante.

Opina-se, em razão do exposto e s.m.j., pela dirimência do conflito no sentido de declarar-se investida de atribuição para funcionar no feito a ilustrada Promotoria junto ao MM. Juízo da 19ª Vara Criminal, devolvendo-se-lhe os autos.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 1990.

Francisco das Neves Baptista
Promotor de Justiça

Aprovo.

Carlos Antonio Navega
Procurador-Geral de Justiça