

Crime de conspiração: uma análise crítica do projeto de Código Penal

Marcelo Meireles Lobão*

Resumo

Este trabalho aborda a tipificação da conspiração, *de lege ferenda*, em suas três facetas: conspiração como *ofensa ao bem jurídico*, conspiração como *crime* e conspiração *como tipo penal*. O planejamento delitivo, desde logo, constitui verdadeira ofensa ao bem jurídico tutelado, abalando a disponibilidade que o sujeito passivo detém sobre o bem. A punição da conspiração, que encontra fundamento no princípio constitucional da proibição da proteção deficiente, enquanto imperativo de tutela inafastável da proteção dos direitos fundamentais, guarda compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Sob o ponto de vista técnico-legislativo, a criminalização da conspiração como tipo penal independente soa como a melhor alternativa, em comparação com a proposta de ampliação do conceito de tentativa.

Palavras-chave: Criminalização. Conspiração. *Iter criminis*. Tentativa. Tipo autônomo.

1 Introdução

A presente pesquisa teve por escopo enfrentar alguns dos aspectos dogmáticos, técnico-jurídicos e de política criminal que envolvem a tipificação da conspiração criminosa no Brasil, tendo como fio condutor o Projeto de Código Penal, e servindo-se, para contraponto, do Projeto de Lei da Câmara 555, de 2001: contexto social e a necessidade da criminalização do planejamento delitivo; constitucionalidade de eventual lei tipificadora; instituição como figura autônoma ou um novo inciso ao art. 14 do Código Penal; extensão a todas as condutas penalmente relevantes ou não, entre outros temas correlatos.

A doutrina brasileira se acostumou a abordar os textos legislativos somente após a sua promulgação. Pouca ou nenhuma atenção se dá às proposições legislativas durante sua tramitação no Congresso Nacional, quando é ainda possível o seu aprimoramento. Em se

tratando de norma penal, que, mais do que qualquer outra, afeta o exercício das liberdades públicas fundamentais, estudos como esse se apresentam particularmente relevantes. Veja-se que, no País, o controle da constitucionalidade das leis também se opera previamente, pelo Congresso Nacional, sobretudo por meio de suas comissões de constituição e justiça, como também por intermédio do veto presidencial.

Enfim, o estudo tangencia importantes aspectos da matéria, os quais, sem embargo, podem ser reconduzidos a uma única problemática de pesquisa: a criminalização da conspiração seria compatível com a ordem jurídica e em que extensão?

De assinalar-se, igualmente, que o momento não poderia ser mais apropriado para o debate da matéria. Recentemente, a comissão de juristas instituída pelo Senado da República para preparar um anteprojeto de novo Código Penal revelou o resultado de seus intensos trabalhos. De início, porém, é preciso salientar que a comissão não incorporou ao texto nenhuma das propostas ventiladas sobre a matéria.

Durante umas de suas reuniões em que se discutiu a necessidade de alteração da definição de *tentativa*, os membros da comissão debateram os chamados *crimes de mando*. Porém, a maioria entendeu não ser compatível com o ordenamento jurídico pátrio a adoção de tal previsão. Na ocasião, o jurista Luiz Flávio Gomes encerrou o debate ao afirmar que, pela teoria adotada no Direito brasileiro, todo crime de mando fica pendente de algum ato executório por parte do mandatário. Assim, se o mandatário desistir de praticar a conduta, a *simples ideação* do mandante não pode ser punida, pois, nessa hipótese, o bem jurídico não esteve em perigo.

Apesar disso, a comissão buscou emprestar à tentativa sentido mais abrangente com o escopo de que sejam considerados “início de execução” atos que seriam considerados *antefactum* impuníveis, mas que, por si sós, exponham o bem jurídico a perigo.

Contudo, o projeto percorrerá ainda um longo caminho no Congresso Nacional. Assim, a discussão em torno da criminalização do planejamento criminoso não pode ser dada por encerrada. Ademais, a própria comissão abriu caminho para um debate mais profundo e sem subterfúgios.

* Juiz Federal titular da 8ª Vara Federal de Mato Grosso. Pós-graduado em Direito do Estado e Ciências Penais. Autor do livro *Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em Razão de Vícios de Nulidade* (Malheiros, 2008) e diversos artigos publicados em revistas especializadas. Foi professor de curso preparatório para carreiras jurídicas e exame da Ordem.

Em síntese, o tema proposto para a pesquisa é atual, relevante e absolutamente oportuno, eis que o País passará, em breve, pela mais completa revisão de sua legislação penal da história.

Estudar o planejamento criminoso significa estudar o crime organizado, mas com enfoque diferente do que se tem observado. Na perspectiva deste modesto trabalho, a pesquisa parte do estudo das condutas preparatórias e de sua relevância causal para o acontecimento final.

2 Conspiração como violação do bem jurídico

2.1 Situando o planejamento delitivo na teoria do bem jurídico

Todos os institutos e categorias do direito penal moderno de cariz garantista gravitam em torno do conceito de bem jurídico. Por conseguinte, os tipos penais devem ser construídos com base em um bem jurídico certo e determinado. Antes, a decisão de política criminal de trazer, para o âmbito do proibido, dada conduta humana, necessariamente tem em mira a proteção de valor de reputada importância e relevância para o indivíduo, a sociedade ou o Estado.

Por isso, Cezar Roberto Bitencourt assinala que “[...] O bem jurídico constitui a base da *estrutura* e *interpretação* dos tipos penais” e

Oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, ‘Será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum.’¹

Francisco Muñoz Conde, nessa mesma linha de pensamento, acentuou que o bem jurídico é a “Chave que permite descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento.”²

Nessa perspectiva, o planejamento delitivo, por si só, produz uma intolerável perturbação da paz social e, ao mesmo tempo, antecipa o abalo contra o bem jurídico tutelado pela norma proibitiva do fato final colimado pelo agente.

Por constituir a conspiração uma ameaça concreta e potencialmente lesiva contra um bem cuja

relevância é reconhecida por um tipo já existente, mas não inteiramente tutelado por ele, recai sobre o legislador o dever político de estender a armadura protetiva da norma.

Uma notícia publicada recentemente pela imprensa sobre a suposta conspiração de um crime de homicídio ilustra a importância do debate proposto:

A Polícia Civil [...] prendeu ontem o pistoleiro conhecido como T., que teria sido o primeiro contratado para matar S. T. teria, supostamente, recebido R\$ 20 mil de D., para matar S., mas teria fugido com o dinheiro, o que teria obrigado a contratação de um segundo bandido [...]. Na manhã de ontem, D., que foi preso na segunda-feira e solto anteontem, se disse “vítima de uma armação” de S. para incriminá-lo. ‘Esse suposto crime que me acusam, de encomendar a morte de alguém, nem é crime. Prenderam-me sem razão porque, se fosse verdade, não há no Código Penal nada que fale sobre um crime de encomendar a morte’, afirmou.³

Casos como este tornaram-se recorrentes no País. Se de um lado, aprimoraram-se os métodos investigativos e os serviços de inteligência policial têm evoluído a cada dia, de outro, os crimes têm sido planejados com maior esmero e cuidado. Os anais policiais registram um número cada vez maior de crimes que, por seu refinamento e nível de organização, tornam-se crimes quase perfeitos, expondo o bem jurídico a risco (dano) ainda maior.

Poder-se-ia citar aqui incontáveis exemplos de crimes que, por sua complexidade e sofisticação, poderiam ser tomados como enredo de ficção. Só para ficar com alguns, podem ser lembrados as extorsões mediante sequestro de Antônio Beltran Martinez

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, V. I, p. 249.

² Aut. cit. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 50.

³ BRASIL. Correio Forense. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/noticia_pdf/id/18445/>. Acesso em: 17/05/2012.

(1986),⁴ Abílio Diniz (1989),⁵ Roberto Medina (1990)⁶

⁴“Terminava ali o mais longo sequestro da crônica policial brasileira, uma operação em que os sequestradores levaram a melhor até sexta-feira passada (sic), saíram com uma fortuna em dólares, paga na última terça-feira por um filho de Beltran, e criaram um caso destinado a ficar entalado na garganta da polícia, que só por sorte o resolverá [...]. O que aconteceu com Beltran durante o trajeto é algo confuso. Segundo versão de sua mulher, Lecy, ele teria sido interceptado a alguns quarteirões de casa por um homem de moto com farda da Polícia Militar e não se lembraria do que veio depois, provavelmente por ter sido dopado. Pode ter sido dopado durante a captura, mas não havia qualquer homem vestido como um PM. Acionada pelo governador Montoro, a polícia desembarcou na casa de Beltran a tempo de presenciar o primeiro sinal enviado pelos sequestradores – um buquê com trinta rosas vermelhas que chegou à família às 11h30 com um bilhete datilografado que chamava a atenção por alguns erros de grafia. ‘O senhor Antonio Beltran Martinez foi sequestrado,’ começada a mensagem. Em seguida prevenia a família: ‘Se enterramos-nos de alguma operação da polícia civil ou militar, nos arredores onde está alojado o senhor Martinez; nos obrigará inexoravelmente a dar-lhe um tiro na cabeça’, finalizava a carta, semeada de erros de português. Assinatura Visível – Numa imitação de detetives de romances de mistério, o delegado Nelson Guimarães, presente à entrega do buquê, usou uma pinça para retirar o bilhete do embrulho. Era uma tentativa de preservar impressões digitais no papel – uma possibilidade fora de cogitação num caso como o de Beltran, manejado por uma quadrilha que cometeu o único deslize em toda a operação, exatamente esse de enviar correspondência através de uma floricultura.” (Revista Veja, Jornada no Purgatório. São Paulo, 24 dez. 1986, p. 28-31).

⁵“Um dos mais espetaculares sequestros ocorridos no país em todos os tempos terminou carregado de emoção na tarde de domingo passado, em São Paulo, no exato instante em que se encerrava a eleição presidencial. A pistola calibre 9 milímetros sacudida no ar em triunfo pelo delegado Oscar Matsuo, do Grupo Especial de Resgate, GER, da polícia paulista, quebrou o silêncio tenso de uma multidão formada por policiais, familiares, repórteres e moradores que acompanhavam o desfecho do caso [...]. O gesto de matsuo comemorava também a interrupção de um período obscuro em que a reputação da polícia esteve minada por uma onda de crimes bem arquitetados, envolvendo a captura de empresários, que nos últimos dois anos renderam aos criminosos pelo menos 6,5 milhões de dólares em resgates [...]. Em menos de uma semana, sem disparar um único tiro letal, a polícia paulista localizou, prendeu sem fazer concessões e autouou em flagrante – sujeitando-os a penas de oito a vinte anos de cadeia – dez criminosos de um bando internacional, formado por dois canadenses, dois argentinos, cinco chilenos [...]. ‘Os sequestradores não se preocupavam em esconder o rosto de Abílio,’ diz Nelson Silveira Guimarães, 43 anos, treze de polícia, o delegado que jamais porta armas e conduziu com fria determinação todo o lento e desgastante processo de negociação com os bandidos. Para os policiais, esse aparente descuido dos sequestradores significava uma condenação para Abílio Diniz. Além disso, para reforçar a imagem da hipótese lúgubre, os policiais encontraram um caixão num dos cômodos do sobrado [...]. O empresário ficou confinado num cômodo subterrâneo a que se tinha acesso por um poço artesiano seco. O cômodo não tinha mais que 1,5 metro por 3 metros e era revestido de madeira, guarnecido de uma cama e um vaso sanitário de campanha. O cárcere privado foi projetado por uma das sequestradoras, Maria Rabkin Bustos, que é engenheira civil [...]” (Revista Veja. O bando se rende. São Paulo, 24 dez. 1989, p. 106).

⁶“Na tarde de quarta-feira, um bilhete escrito à mão pelo próprio Medina foi deixado na banca de jornais em frente à estação de trens de Leopoldina, no centro do Rio. Na mensagem teria se fixado o Aterro do Flamengo, em frente ao Monumento dos Pracinhos, como local para pagamento do resgate. Às 8 e meia da noite da própria quarta-feira, o deputado Rubem Medina e Maria Alice, irmão

e Washington Olivetto (2001),⁷ o furto ao Banco Central em Fortaleza (2005),⁸ e os homicídios de Chico Mendes (1988),⁹ do Prefeito de Santo André Celso Daniel (2002),¹⁰ do Promotor de Justiça Francisco

e mulher do sequestrado, entregaram o dinheiro aos bandidos e ficaram sabendo que o empresário seria libertado em 24 horas.” (Revista Veja. Operação pântano, 27 jun. 1990, p. 28-34).

⁷“Norambuena sempre se destacou como líder versátil, que ali a audácia à frieza das ações terroristas sem se descuidar da doutrina política de seus seguidores”, diz Carlos Basso, jornalista chileno que nos últimos seis anos estudou o grupo terrorista. ‘Ele é frio, calculista e altamente especializado em realizar sequestros’, diz Godofredo Bittencourt Filho, diretor da Divisão Anti-Sequestro de São Paulo, que o interrogou por cinco horas na semana passada [...]. Quem não é parente nem membro do grupo terrorista de Norambuena tende a pensar diferente: que ele aproveitou seu aprendizado na guerrilha para fazer algum dinheiro à custa do sofrimento alheio [...]. (Revista Veja, Norambuena: Terror por dinheiro. São Paulo, 13 fev. 2002, p. 30).

⁸“Pelo menos duas pistas deixadas pelos ladrões que roubaram 164 milhões de reais do prédio do Banco Central de Fortaleza indicam que eles tinham um plano eficiente para praticar o crime, mas passaram a improvisar logo que começaram a gastar o dinheiro. Nas horas seguintes à conclusão do roubo, no sábado 6, os bandidos torraram 980000 reais numa loja de carros usados, comprando um lote de dezenas de veículos, e adquiriram, por mais de 7000 reais, dez passagens para São Paulo no balcão da TAM do aeroporto local [...]. No local em que mantiveram, por três meses, uma falsa empresa de grama sintética, tiveram o cuidado de espalhar gesso em pó por todos os cômodos, para dificultar a localização de impressões digitais. Para manter as aparências, haviam até confeccionado bonés com o nome da loja e distribuído alguns na vizinhança. Organizaram, registraram o empreendimento na Junta Comercial antes mesmo de alugar o imóvel e instalaram computador e telefone em nome da empresa. Pagavam em dia as contas do estabelecimento e usavam crachá no horário do ‘expediente’, segundo contam os vizinhos. Dois deles foram convidados para uma festa de travestis, na sauna do outro lado da rua. E foram. Só não toparam sair de frente nas fotografias. Nos fundos da casa, desenvolvia-se a complexa escavação do túnel. Com o teto calçado com escoras de madeira e o chão revestido de plástico grosso, a bora foi baseada num mapa oficial da rede de água e esgoto da cidade, para evitar obstáculos no caminho. O solo de Fortaleza é arenoso, fácil de cavar. Difícil foi passar pelo fundo do cofre, protegido por um sanduíche de concreto entre duas chapas de aço. Nessa operação, os ladrões gastaram horas, utilizando ferramentas que fazem pouco barulho, como serras circulares. Ao longo de todo o túnel, havia pontos de energia elétrica, para lâmpadas, ventiladores, máquinas e interfone. Um potente ar-condicionado, instalado na casa, jogava ar frio para o túnel, por meio de uma mangueira safonada.” (Revista Veja, O maior roubo do Brasil, São Paulo, 17 ago. 2005, p. 96).

⁹A morte de Chico Mendes, presidente do Sindicato dos Trabalhadores do Xapuri, no Acre, foi a mais anunciada do Brasil. Há seis meses que ele é seguido por pistoleiros profissionais e no dia 3 de setembro conseguiu fazer chegar à Polícia Federal um mandado de prisão, emitido no Paraná, dos fazendeiros agora acusados de mandantes do crime: os irmãos Derli e Alvarino Alves da Silva [...]. Os assassinos escolheram o dia e a hora. Escolheram a véspera de Natal e o momento em que grande parte do país está preocupada em saber quem matou Odete Roitman.” (GABEIRA, Fernando. Sindicalista era perseguido por pistoleiros. Folha de S. Paulo, São Paulo, 24 dez. 1988, A-4).

¹⁰“Até sexta-feira à noite não havia uma explicação clara para a morte do prefeito de Santo André, sequestrado quando saía com um

Lins (2002)¹¹ e dos Juízes Alexandre Martins de Castro Filho (2003),¹² Antonio José Machado Dias (2003)¹³ e Patrícia Acioli (2011).¹⁴

amigo de uma churrascaria em São Paulo e assassinado 24 horas depois. Em virtude de outro crime de morte em que a vítima foi um prefeito do Partido dos Trabalhadores, Antonio da Costa Santos, o Toninho do PT, de Campinas, interior de São Paulo, chegou-se a cogitar de uma conspiração política destinada a matar integrantes do partido de Lula [...]. (Revista Veja, O choque e a reação. São Paulo, 30 jan. 2002, p. 72).

¹¹ “O promotor de Justiça da Vara de Defesa do Consumidor de Belo Horizonte José Lins do Rego Santos, 43, foi assassinado a tiros no início da tarde de ontem, momentos depois de parar seu carro no sinal de trânsito de uma movimentada rua da região sul da capital mineira. De acordo com testemunhas, uma motocicleta branca que transportava dois homens – a placa estaria coberta com fita adesiva – emparelhou com o carro de Santos, um Golf verde, ano 1996, momento em que o ocupante da garupa teria sacado uma arma e disparado vários tiros [...]. A principal suspeita levantada ontem é a de que o promotor teria sido morto devido à sua atuação na apuração da existência de uma suposta máfia que estaria adulterando combustível em Minas. (Folha de São Paulo, Promotor é assassinado a tiros em Minas, São Paulo, 26 jan. 2002, p. C 2).

¹² “O juiz da 5ª Vara de Execuções Penais do Espírito Santo, Alexandre Martins de Castro Filho, 32, foi morto com três tiros ontem ao chegar a uma academia. O atentado foi feito por dois homens em uma moto em Vila Velha, região metropolitana de Vitória. Levado ao hospital, o juiz morreu às 8h30. O crime acontece dez dias após o assassinato do juiz-corregedor Antonio José Machado Dias, também morto a tiros, em Presidente Prudente (a 565 km de São Paulo). Suspeita-se que a morte do juiz-corregedor foi a mando do PCC (Primeiro Comando da Capital) como vingança pelo suposto rigor deste nas investigações. O juiz Alexandre Martins de Castro Filho atuava com a força-tarefa enviada ao Estado no ano passado para investigar a atuação do crime organizado [...]. O subprocurador da República Roberto Santoro, responsável pelas investigações do Ministério Público do Espírito Santo, afirmou que Castro Filho vinha sofrendo ameaças de morte havia mais de um ano.” (Folha de São Paulo, Juiz é morto a tiros no Espírito Santo, São Paulo, 25 mar. 2003, p. C 1).

¹³ “O juiz-corregedor Antonio José Machado Dias, 47, foi assassinado ontem a tiros, depois de deixar o Fórum de Presidente Prudente (565 km da capital paulista). Ele era responsável pelos principais líderes presos do PCC (Primeiro Comando da Capital) e pelo traficante carioca Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar, ligado ao Comando Vermelho e detido na vizinha Presidente Bernardes (589 km de SP). O Vectra de Dias foi fechado por um Fiat Uno, por volta das 18h30, no centro da cidade. Da calçada, um homem fez quatro disparos de pistola 9 milímetros [...]. O Uno branco usado pelos assassinos, com placa de Presidente Prudente, foi abandonado logo depois. Provavelmente, a dupla trocou de carro, o que pode indicar planejamento da ação [...]. Desde o ano passado, a polícia tem interceptado planos de atentado contra autoridades que atuaram contra o PCC – policiais, promotores e secretários – represália à criação do CRP de Presidente Bernardes [...].” (Folha de São Paulo, Juiz é morto em Presidente Prudente, São Paulo, 15 mar. 2003, p. C 1).

¹⁴ “Vieram com assinatura as balas que mataram a juíza Patrícia Acioli, 47 anos, no último dia 12, no Rio. Calibre 40, elas pertenciam a um lote comprado pela Polícia Militar e distribuído entre vários batalhões, incluindo o de São Gonçalo, onde atuava a magistrada. Nessa região, viceja um praga que Patrícia se dedicava a combater com especial empenho: as chamadas milícias, quadrilhas que, nascidas das fileiras da polícia com propósitos vagamente bem-intencionados, se convertem rapidamente em bandos de

Em todos esses crimes, que ganharam grande notoriedade, vislumbra-se um traço comum: foram pensados e preparados de forma meticulosa, por um longo período e com divisão de tarefas entre vários agentes. Essa circunstância, a par de evidenciar culpabilidade de maior magnitude, avulta a eficácia da investida criminosa. A ofensividade dos fatos é potencializada. Ao mesmo tempo, garantem-se, de forma quase infalível, a impunidade e o proveito dos delitos.

Igualmente, como consequência direta do planejamento criminoso, o Estado se vê na contingência de dispor de recursos materiais e humanos ainda maiores as ações de repressão, persecução penal e julgamento dos fatos.¹⁵

matadores a soldo dos próprios interesses ou de quem pagar melhor [...].” (Revista Veja, Os bandidos de farda. São Paulo, 31 ago. 2011, p. 138).

¹⁵ Confira-se outro exemplo recente: “Cícero Ferro é suspeito de arquitetar plano para matar dois deputados. Os detalhes ainda são mantidos em sigilo, mas a polícia confirma que descobriu um plano para assassinar os deputados alagoanos Dudu Holanda e Maurício Tavares. O principal suspeito de articular os crimes é o deputado estadual Cícero Ferro, que, segundo a polícia, contratou militares de Pernambuco para matar os dois parlamentares. O plano foi descoberto pela Superintendência da Polícia Federal, de Pernambuco, e informada para a PF em Alagoas, que interceptou os dois veículos, um Vectra e um Gol, que seriam usados no crime.

Segundo as investigações, Dudu Holanda seria assassinado na noite do dia 31 quando saísse de um edifício na orla da Pajuçara. Já Tavares, que estava em Portugal para as comemorações do Réveillon, seria morto logo que retornasse para Alagoas na segunda-feira. Os detalhes da emboscada não foram revelados pela Polícia Federal.

As informações movimentaram toda a cúpula da Defesa Social, da Polícia Civil e da Polícia Federal, em Alagoas. Uma reunião foi realizada na sede da Divisão Especial de Investigações e Capturas (Deic), no bairro do Farol, para revelar o plano ao deputado Dudu Holanda e a Raimundo Tavares, irmão do deputado Maurício Tavares.

Por meio da assessoria, o delegado geral José Edson Freitas confirmou que se reuniu com Holanda e Raimundo Tavares para passar detalhes do plano descoberto. No entanto, o delegado informou ainda não iria se pronunciar novamente sobre o fato, já que está sendo investigado de forma sigilosa pelas polícias Civil e Federal.

O Tudo na Hora conversou com o advogado de Cícero Ferro, Welton Roberto, sobre as suspeitas contra o deputado, mas ele preferiu não se pronunciar, já que também é advogado do deputado Dudu Holanda. “Ainda vou conversar com os dois para saber mais detalhes, mas inicialmente prefiro não falar”, disse.

Na condição de suplente, Cícero Ferro assumiu o mandato de deputado depois que Dudu Holanda se afastou por 120 dias da Assembleia Legislativa Estadual (ALE). Anteriormente, Ferro já havia assumido a cadeira de Maurício Tavares, que se afastou do cargo em agosto.

Cícero Ferro responde a processo por crimes de homicídios, contra o primo Jacó Ferro e do vereador de Delmiro Gouveia, Fernando Aldo. O parlamentar chegou a ter a prisão preventiva decretada, mas foi beneficiado por ter assumido a vaga na ALE, já que deputado

Ao contrário da criminalidade clássica, o crime organizado — assim caracterizado por dedicar força humana, recursos financeiros e tempo de modo incomum para a preparação e execução de suas atividades delituosas — exigiu que o Estado adotasse nos últimos anos uma série de medidas para sua contenção, exigindo um alto preço à sociedade: criação de delegacias especializadas, investimentos em equipamentos de inteligência, treinamento de agentes, instituição do sistema penitenciário federal, com 4 unidades penais de segurança máxima já em funcionamento, para a custódia de chefes de grupos criminosos, especialização de varas criminais, criação de serviços de segurança institucional de autoridades que lidam com ações de enfrentamento às organizações criminosas, entre outros. Impressiona a quantidade de veículos blindados adquiridos nos últimos anos pelos Tribunais do País.

A preocupação em situar o tema da criminalização da preparação delitiva na geografia do conceito de bem jurídico é compreensível. Francisco Muñoz Conde, conquanto centrado na busca pelo fundamento da punição da tentativa, chegou a conclusões consistentes que se aplicam perfeitamente ao planejamento delitivo:

As formas imperfeitas de execução são causas de extensão da pena, que correspondem a uma mesma necessidade político-criminal: estender a ameaça ou cominação penal prevista para os tipos delitivos consumados às condutas que, certamente, não consumam o delito, mas que estão muito próximas da consumação e são realizadas com vontade de obtê-la. Por conseguinte, a colocação em perigo dos bens jurídicos protegidos nos tipos da parte especial (critério objetivo) e a vontade de conseguir sua lesão típica (vontade criminal manifestada) (critério subjetivo) constituem os dois elementos que igualmente fundamentam a punição de todas as formas imperfeitas de execução puníveis.¹⁶

Luiz Flávio Gomes, em sua tese de doutoramento, sublinhou que a missão outorgada ao Direito Penal de tutela de bens jurídicos é uma das “Fundamentais proposições de um programa político-criminal típico

de um Estado Constitucional de Direito, de cariz social e democrático [...]”¹⁷

Para o autor, adepto da corrente de tendência transcendentalista, a teoria do bem jurídico cumpre uma função crítica e limitadora do *ius puniendi*.¹⁸ Ele não corteja a pretensão de que essa construção teórica [já] teria a virtude de oferecer uma enumeração exaustiva de valores mercedores da tutela penal. Luiz Flávio Gomes pauta sua doutrina na aptidão do conceito de bem jurídico de exercer, acima de tudo, uma função negativa. É sua intenção dizer que, no atual estágio de seu desenvolvimento dogmático, a teoria cumpriria muito mais o papel de revelar à instância primária de criminalização o que não pode ser objeto do proibido, sem prejuízo, é claro, do potencial *indicativo-positivo* que ela também desempenha.

Daí o insigne doutor pela Universidade Complutense de Madri arremeter, corretamente, que a teoria do bem jurídico exerce a alta função de garantia, demarcando o âmbito material da atuação do legislador — *nulla lex sine iniuria*.¹⁹

Nessa linha de considerações, o conceito de bem jurídico subtrairia da órbita do poder do legislador a *facultas* de criar tipos penais:

- (i) que não visem à tutela direta e imediata de bens jurídicos;
- (ii) definidos como uma ofensa exclusiva de uma obrigação ou dever;
- (iii) cujos objetos de tutela não sejam uma exigência da vida humana e coexistência social;
- (iv) que repilam para o âmbito do proibido o exercício legítimo de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico;
- (v) estruturados em função de “manifestações sintomáticas de personalidade”²⁰ desviante (direito penal do autor);
- (vi) cujos bens jurídicos antes protegidos por normas não penais deixem de sê-lo; e,
- (vii) cujos bens jurídicos já recebam tutela suficiente por parte do direito penal ou outro ramo do direito.

somente pode ser preso em flagrante de crime inafiançável. (Brasil. Universo on Line. *PF frustra plano de suplente de deputado para matar colegas no Réveillon, maio/2012*. Disponível em: <<http://tudonahora.uol.com.br/noticia/politica/2012/01/04/168569/pf-frustra-plano-de-suplente-de-deputado-para-matar-colegas-no-reveillon/imprimir>>. Acesso em: 06/06/2012)

¹⁶ Op. cit. p. 181.

¹⁷ Aut. cit. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. pp. 49-50.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 111.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 69.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 120.

Luiz Flávio Gomes discerniu também algumas dessas derivações do princípio que ele denominou de exclusiva proteção dos bens jurídicos:

Com o propósito de compilar tudo quanto foi dito sobre o processo de seleção do objeto de proteção, cabe assinalar:

(a) Que o bem jurídico deve ter como 'objetos protegíveis' bens ou interesses existenciais (pessoais) considerados em função de *relações sociais conflitivas*, que se caracterizam: (1º) pela *individualidade* (a pessoa humana está no centro das relações que o legislador seleciona, dando prioridade a uns tipos de interesses emergentes do conflito em detrimento de outros); (2º) pela *dialeticidade* (antagonismo, conflitividade de interesses); (3º) pela *historicidade* (no momento da proteção a relação selecionada representa uma síntese mas depois passa a ser tão só uma tese), e (4º) pela *anterioridade* (as relações conflitivas, segundo uma linha demarcada de forma pioneira por Von Liszt, existem na sociedade e com anterioridade ao momento legislativo; são relações preexistentes, é dizer, não são 'criadas' pelo legislador, conforme pretendia Binding) [...]

(b) Que a noção de bem jurídico não está vinculada necessariamente a algo *físico-corpóreo*: 'O essencial reside no caráter da fundamentalidade do bem para a realização humana em comunidade, não na natureza material ou imaterial; essencial é que as valorações do legislador tenham em conta a vida do homem em sociedade [...].

(c) Que se bem é verdade que os valores contemplados na Constituição – em princípio 'merecedores de proteção' – não obrigam o legislador a criminalizá-los necessariamente, tampouco pode-se negar o critério, ainda que negativo, da 'não incompatibilidade do bem jurídico com o quadro axiológico-constitucional [...].

A punição do planejamento criminoso concilia-se com o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. Como tipo remetido, o objeto tutelado será sempre o bem abrigado pela norma subjacente ao tipo que descreve o evento final pretendido pelo agente.

Portanto, os pontos controvertidos *i* e *vi*, citados acima, ficam superados. O crime de conspiração reporta-se a bens jurídicos já tutelados tradicionalmente por outros tipos, e a respeito de cuja essencialidade vigora certo consenso, de sorte que não cabe perquirir sobre a pertinência ou necessidade de tutela penal desses bens. Não se ignora que existem de tipos que caíram em desuso, cuja normatividade obliterou-se com as profundas mudanças sociais e culturais que a sociedade experimentou no século XX. Há também tipos que constituem obra de movimentos punitivistas irracionais

que desafiam os princípios da *ultima ratio*, lesividade e fragmentariedade.

A resposta a essa contingência é elementar: basta que a incriminação do planejamento delitivo esteja limitada às hipóteses em que o agente dirige o programa criminoso com o propósito de cometer crimes graves, como, por exemplo, aqueles cuja pena máxima seja superior a 4 anos. Tomar-se-ia por empréstimo o referencial que orientou o legislador na formulação das regras do art. 44 do Código Penal, e art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal, para a caracterização de crimes graves e, por isso, merecedores da reprimenda e da medida constritiva mais gravosa prevista atualmente.

Lembre-se, ademais, que esse foi também o parâmetro adotado na conceituação de organização criminosa pela recente Lei 12.694, de 2012:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

O último tópico — insuficiência da tutela já conferida ao bem jurídico pelo direito penal ou outros instrumentais do direito — requer uma breve nota discursiva. Como observado, o tipo de conspiração é um tipo remetido. Não se quer com isso dizer que exista uma sobreposição de normas gravitando sobre o bem jurídico e desincumbindo-se da mesma função. Se assim fosse, haveria, fatalmente, *bis in idem*, alvo do sentimento de repugnância por parte da norma penal.

Ao revés, esse fenômeno pode ser descrito como uma imbricação de normas, que incidem sucessivamente, como forma de enriquecer a armadura protetiva do bem jurídico.

2.2 Planejamento delitivo à luz das abordagens finalista e funcionalista

O planejamento afeta desde logo a *relação de disponibilidade* de certos valores reputados caros ao indivíduo, comunidade ou Estado. Dizendo de outro modo, a esfera de liberdade de que desfruta o titular do bem jurídico é reduzida quando outrem põe-se a tramar ataque contra esse bem, mediante atos exteriores e sensíveis.

A afetação da disponibilidade do bem basta para legitimar o exercício do poder punitivo estatal. Ao lado

desse objetivo, de viés repressivo, a pronta atuação da norma penal deve servir também como instrumento de prevenção, punindo desde logo atos lesivos do bem jurídico e que, ao mesmo tempo, representem um *crescendo* delitivo.

Essa ênfase à função preventiva da norma penal encontrou, no funcionalismo teleológico de Claus Roxin, máxima entonação.

De fato, o universo de críticas que podem ser desferidas contra a incriminação da conspiração não resistiria à abordagem funcionalista. Quiçá seja o funcionalismo penal o modelo dogmático mais propício para pavimentar o caminho para que a conspiração delituosa aporte ao âmbito do proibido.

O funcionalismo, ao lançar ao passado as amarras jusnaturalistas e positivistas que impediam a abertura pragmática e consequencialista do Direito Penal, exprime-se como “Um programa flexível e competente para subsidiar decisões diante de situações complexas em sociedades complexas.”²¹ Como pontua Hassemer, “Seu modelo é a prevenção – não só no Direito Penal, mas nele, agora, com uma feição particularmente pretensiosa.”²²

Em outra passagem, o professor catedrático da Universidade de Frankfurt e juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha pondera que o teorema funcionalista

Libera a estratégia da produção de efeitos preventivos – tanto sobre o criminoso condenado (prevenção individual) quanto sobre as demais pessoas propensas ao crime (prevenção geral) – dos obstáculos conceituais apresentados por uma noção tradicional da culpabilidade formulada empiricamente. Enfim, a funcionalização do Direito remove posições jurídicas que põem em perigo o funcionamento da tutela penal.²³

De fato, a abertura do sistema penal ao influxo dos objetivos político-criminais operada pelo funcionalismo torna mais fácil a criação de novos tipos penais que importam na reformulação de paradigmas e postulados tradicionais, como o *cogitationis poenam nemo patitur*. Funcionalismo é, em uma palavra, a superação de barreiras dogmáticas e padrões formais em nome da transformação do Direito Penal em uma ferramenta capaz de resolver problemas sociais reais e concretos.

²¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008., p. 104.

²² *Idem, ibidem*, p. 105.

²³ *Aut. cit.* p. 108.

E, nessa perspectiva, a instituição de um tipo penal que fornece ao Estado a legitimidade para agir desde logo e evitar um dano mais gravoso ao bem jurídico sintoniza-se com os ideais funcionalistas.

Se o Direito Penal não trata como infração penal atos preparatórios de crimes graves, não só a pena — categoria de direito material — como também medidas cautelares previstas na lei processual penal não podem ser legitimamente postas em prática. Interceptação de comunicações ambientais e telefônicas, busca domiciliar, sequestro de bens, prisão, fora a ameaça de imposição de prisão-pena, enfim, todas as providências que poderiam impedir o mal maior ao bem jurídico deixam de ser manejadas pelo Estado-juiz.

A omissão do legislador é, sem dúvida, um estímulo a que o agente prefira uma longa e meticulosa preparação do fato à prática impulsiva e possivelmente atabalhoada do delito. Isso, por si só, eleva sua eficácia lesiva e reduz as possibilidades de apuração e punição do autor. Não fossem as manobras realizadas por forças policiais para enquadrar algumas das condutas preparatórias de delitos graves em alguma tipologia penal existente, como o crime de quadrilha ou bando, muitos casos de planejamento criminoso interrompido a tempo de salvaguardar o bem jurídico de um maior ataque teriam seguido seu curso.

O funcionalismo assinala à pena funções essencialmente preventivas, quer de caráter geral e especial, que a título de proteção individual. Nisso, pois, a punição da tentativa encontra porto seguro na doutrina funcionalista.

Tradicionalmente, o funcionalismo atribui ao Direito Penal a missão de tutela de bens jurídicos

Em um sentido retrospectivo, face um crime já verificado, mas com um significado prospectivo, corretamente traduzido pela necessidade de tutela da confiança.²⁴

Contudo, nada impede que a esse significado prospectivo também seja adicionado um sentido, um efeito retrospectivo, obviamente dentro da “moldura consentida da culpabilidade”²⁵, freio interno instituído pelos normativistas para que um direito penal reconduzido a fins político-criminais não descambe para o abuso e barbárie.

²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 130.

²⁵ Expressão de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 135.

Como se nota, o funcionalismo agasalha a proposta.

O finalismo não é refratário a que a norma penal também cumpra o desiderato preventivo. A construção doutrinária de Welzel confere primazia ao tipo subjetivo. Isso se revela na defesa da teoria subjetiva — combate à vontade criminosa — como fundamento da punição da tentativa.²⁶ Assim sendo, considerando que os crimes de preparação ou *inchoete crimes* (crimes incipientes), a exemplo da tentativa,²⁷ caracterizam-se pela *determinação* ou *resolução* do agente em direção à prática delitiva (vontade criminosa), haveria aqui, de acordo com o discurso finalista, matéria suficiente para a formulação do juízo de censura.

De maior relevo é o fato de que, para o finalismo, as normas de determinação cumprem função preventiva, nisso se contrapondo à visão normativista. Esta, como se sabe, reservaria a função de prevenção à pena. Na doutrina welzeliana, a prevenção opera *ex ante*.

A teoria de Hanz Welzel segue essa linha por defender que a pena, por atuar posteriormente à perturbação, exerce papel secundário.²⁸

Em suma, o finalismo confere primazia às categorias que garantem a prevenção primária, antes que se frustrate expectativa de vigência da norma.²⁹

Lembre-se de que a vontade final, como dado ontológico e vinculante, está na base na teoria finalista. De conformidade com a lição de Érika de Carvalho,

O método do finalismo consiste na vinculação do Direito às estruturas lógico-objetivas da matéria de regulação em seu estado mais puro, a saber, livre de qualquer contaminação de índole normativa.³⁰

Quando se lança o olhar finalista sobre o fato e a norma incriminadora, convence-se de que as normas penais devem ser concebidas em função da capacidade de o agente conhecer o caminho que deverá percorrer

para alcançar seu objetivo último e decidir-se por insistir na trilha ou adotar postura conforme a norma.

Daí asseverar-se que o discurso finalista está em linha de compasso com as teorias da prevenção, com a nota distintiva de que apraz não à pena, mas às normas de proibição cumprir essa função dissuasiva sobre o sujeito.

Assim, na medida em que, aqui, o Direito Penal é vocacionado como sistema de prevenção, reservando-se, contudo, à norma penal incriminadora presidir esse papel, a projeção do âmbito do proibido para uma etapa ainda anterior à tentativa, robustecendo a proteção *ex ante* do bem jurídico, vem, pois, ao encontro da concepção finalista da ação.

A incriminação de atos preparatórios, tanto quanto a atribuição à norma de determinação da função preventiva, possui a virtude de permitir uma atuação *ex ante*. As abordagens metodológicas que, contrariamente ao finalismo, reservam à pena a função preventiva, são reativas e, portanto, operam *ex post facto*.

Desse modo, a perspectiva alvissareira de que a tipificação da conspiração milita em favor do fortalecimento de um sistema preventivo *ex ante* — sem olvidar que os atos preparatórios provam que o sujeito controla o curso causal segundo uma finalidade — a proposta se apresenta atrativa à visão finalista, de sorte que a formulação de um juízo de censura desde logo não é incompatível com tal teoria.

Como se observa, o finalismo tanto quanto as modernas escolas funcionalistas oferecem ambiente favorável à tipificação da conspiração.

3 Conspiração como crime

3.1 Escorço histórico — experiência do direito estrangeiro

O princípio liberal *cogitationis poenam nemo patitur* jamais foi acolhido em sua plenitude pelos ordenamentos jurídicos. Entretanto, a formulação de tipo penal específico é relativamente recente, remontando ao sistema inglês dos séculos XIII e XIV, sob o reinado de Eduardo I.

Os estatutos penais ingleses se restringiam a cominar penas a somente dois tipos de condutas preparatórias, ambas relacionadas à administração da Justiça: falso indiciamento e falsa acusação. A inserção desses delitos no rol de tipos de planejamento se justifica por serem punidos independentemente da prática de atos exteriores. Bastava a confluência de

²⁶ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 33.

²⁷ Uma distinção entre tentativa e preparação delitiva repousa no dolo: inexistente dolo de tentativa. A vontade consciente é a mesma do crime visado. Na conspiração, há um dolo específico e independente dirigido a uma preparação relativamente mais elaborada do crime colimado, embora este sempre esteja presente na mente do sujeito a orientar a produção do resultado.

²⁸ CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delicto*. São Paulo: RT, 2008, p. 343.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 342.

³⁰ *Idem, ibidem*, pp. 25-26.

vontades, isto é, o acordo com o propósito de falsear a verdade para que a conduta atraísse para si juízo de censura.

No século XVII, os tribunais ingleses emprestaram interpretação extensiva aos estatutos penais, então em vigor, e passaram a punir a conspiração de qualquer delito.

É preciso admitir que, mesmo nos países que adotam o *common law*, sempre reinou uma preocupação severa sobre as ambiguidades e vagueza dos preceitos descritivos da conspiração. Na verdade, esse tema constituía o principal ponto de discórdia na matéria. Assim, por meio da codificação, buscou-se amenizar o problema. Nos EUA e Reino Unido, como as propostas legislativas não ficaram isentas de expressões equívocas, outorgou-se ao Judiciário a missão de clarear as ambiguidades e colmatar as lacunas das normas.

Embora haja uma permanente busca pela formulação do tipo com elementos mais objetivos, há que se admitir que a punibilidade da conspiração é tema sedimentado no sistema de direito comum.

Nota-se, também, que vários países democráticos que reformaram seu arcabouço legislativo penal recentemente criminalizaram a conspiração. Exemplo marcante é o Código Penal espanhol de 1995, amplamente reformado há menos de dois anos, cujos arts. 17, 141, 151, 168, 177, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 579, 585 e 615 trazem punições para quem conspira, provoca ou propõe a prática de delitos.

Muñoz Conde, comentando o Código Penal espanhol anterior, defendia que a conspiração era uma forma de coautoria antecipada:

O art. 4º desenvolve o contido no parágrafo 1º do art. 3º do seguinte modo: a) *Conspiração*. Diz o art. 4º, parágrafo 1º: ‘A conspiração existe quando duas ou mais pessoas se acordam para a execução de um delito e resolvem executá-lo’. Trata-se de uma forma de ‘coautoria antecipada’ [...]. Portanto, só os que pensam em intervir como autores na fase executiva do delito e reúnem as condições requeridas para isso podem ser conspiradores. Trata-se de uma forma antecipada de acordo comum necessário para a coautoria.

Os Estados Unidos tipificam a conduta em sua legislação penal atual. Nas seções 371 a 373 do título 18 do *US Code*, há três tipos penais: conspirar o cometimento de crime contra o Estado; conspirar a coação ou lesão contra servidor público federal; e, por fim, persuadir outrem a cometer um crime violento. Alguns Estados federados também possuem legislação própria criminalizando a conduta.

Em 2008, por meio de modificações na Lei 52/2003, de 22 de agosto, Portugal criminalizou duas condutas relativas ao planejamento delitivo de atos de terrorismo:

Art. 5º-A.

1 - Quem, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos previstos no nº 1 do artigo 2.º, ou praticar estes factos com a intenção referida no nº 1 do artigo 3.º ou no nº 1 do artigo 4.º, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

Art. 2º.

4 - Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

A Alemanha e a França, à semelhança de grande parte dos países integrantes do sistema romano-germânico, não puniam os atos preparatórios, salvo a “associação criminosa”. Como aqui, essa figura exige elementos específicos que restringem consideravelmente a sua incidência a condutas conspiratórias, como a união de várias pessoas (concurso necessário), estabilidade e durabilidade do agrupamento e finalidade dirigida ao cometimento de um número indeterminado de delitos.

Todavia, recentemente, tais países editaram leis inspiradas no modelo do *common law*, criminalizando o acordo ou concerto entre duas pessoas com o objetivo de praticar um único delito. O Direito Penal alemão possui regras ainda mais rigorosas sobre o tema. A seção 138 do Código Penal germânico pune a omissão em relatar às autoridades ou à pessoa em situação de risco o planejamento de certos tipos de crimes, como agressão militar, tráfico de pessoas, moeda falsa, homicídio, roubo, extorsão e genocídio, de que se teve notícia de qualquer modo.

O tipo geral de conspiração do *Strafgesetzbuch* consta na seção 30, com o *nomen iures de Versuch der Beteiligung* (participação tentada), cuja conduta está assim descrita:

Participação tentada

(1)

(2) Quem manifestar disposição em cometer um crime grave, quem aceitar a oferta de outrem de praticar um crime grave; ou quem concertar com outrem o cometimento ou a instigação da prática de

crime de mesma natureza incorrerá na pena a este cominada.

Consoante a seção 12 do novo Código Penal tedesco, crime grave (*verbrechen*) é assim considerado aquele cuja pena mínima é igual ou superior a um ano, sendo irrelevantes, para essa definição, as causas de aumento e diminuição previstas tanto na parte geral, como na parte especial do Código. Sobressai nítido o propósito do parlamento alemão, com essa limitação do tipo incriminador às infrações graves, de prestigiar o princípio da proporcionalidade.

3.2 Experiência do Direito brasileiro

A conspiração ainda não constitui infração penal no Brasil. O planejamento e a preparação da prática de crimes, mesmo graves, constituem indiferentes penais. São, no conceito técnico, *antefactum* impunível.

O Código Criminal do Império, em seu art. 107 e sob a rubrica Conspiração, trazia o seguinte preceito incriminador, cuja ofensa importava na aplicação de pena de desterro:

Art. 107. Concertarem-se vinte pessoas ou mais, para praticar qualquer dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dois, não se tendo começado a reduzir a acto.

Penas - de desterro para fóra do imperio por quatro a doze annos.

Art. 108. Se os conspiradores desistirem do seu projecto, antes d'elle ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e por ella se não procederá criminalmente.

Art. 109. Qualquer dos conspiradores, que desistir do seu projecto nas circumstancias do artigo antecedente, não será punido pelo crime de conspiração, ainda que esta continue entre os outros.

O Código Criminal republicano de 1890 continha disposições semelhantes, também restritas ao planejamento de fatos atentatórios às instituições e organização política do Estado:

Art. 115. É crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para:

§ 1º Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional;

§ 2º Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da Republica Federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por elles estabelecida;

§ 3º Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal;

§ 4º Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciario federal, ou dos Estados;

§ 5º Oppor-se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e a das assembléas legislativas dos Estados:

Pena – de reclusão por um a seis annos.

Art. 116. Si os conspiradores desistirem do seu projecto, antes de ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e ficarão isentos de culpa e pena.

Art. 117. Qualquer dos conspiradores que desistir do projecto criminoso, antes de descoberto ou manifestado por algum acto exterior, não será passivel de pena, ainda que a conspiração continue entre os outros.”

O Código Penal atual não reproduziu tais preceitos. Setenta e dois anos após a sua publicação, e a despeito do recrudescimento da violência e do advento de grupos e organizações concebidas para unicamente para a prática reiterada de crimes, o estatuto em vigor continua prevendo, em seu art. 31, que

O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Tem-se aí um dos dogmas mais arraigados do direito penal clássico. O fetichismo de princípios de forte carga ideológica, como o da lesividade ou ofensividade, impede que o direito penal rompa com sua tradicional vocação repressiva e opere quando a progressão criminosa não tiver atingido a máxima violação do bem jurídico.

Várias foram as fórmulas discutidas — algumas das quais convoladas em projetos de lei — para suprir a lacuna legislativa. Entretanto, nenhuma proposta prosperou. No que se refere ao Projeto de Lei do Senado PLS 555, de 2011, uma das mais recentes, optou-se por uma técnica legislativa simples, mas não necessariamente eficiente. Se aprovada a proposição, introduzir-se-á um inciso ao art. 14 do Código Penal, prevendo, ao lado do crime consumado e da tentativa, a figura do “crime planejado”. Eis a redação proposta:

Planejamento

III – planejado, quando, embora não iniciada a execução, atos preparatórios tenham sido praticados com propósito inequívoco e potencial eficácia para, em breve, consumá-lo.

Pena do planejamento

§ 2º A punição do crime planejado depende de expressa previsão legal, e levará em conta a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de dois terços.

O projeto de Código Penal — PLS 236/2012 — dá solução diferente ao tema. A proposta consiste em ampliar o âmbito da tentativa para atos anteriores ao início da execução, mas que tenha aptidão de expor o bem jurídico a perigo concreto. Confira-se como ficou o texto do anteprojeto:

Consumação e tentativa

Art. 22. Diz-se o crime:

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Art. 23. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Início da execução

Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.

Parágrafo único. Nos crimes contra o patrimônio, a inversão da posse do bem não caracteriza, por si só, a consumação do delito.

3.3 Compatibilidade do crime de conspiração com o ordenamento jurídico brasileiro

A reprovação penal dos atos preparatórios não é estranha ao Direito brasileiro. Inúmeros são os exemplos de criminalização de condutas que se apresentam como meio para a prática de outros delitos. Até mesmo a proibição da tentativa em todos os códigos penais brasileiros e dos crimes de exaurimento, como a receptação e, mais recentemente, a lavagem de dinheiro, constitui prova iniludível de que o âmbito do penalmente proibido pode desbordar para quem e além do crime de dolo de primeiro grau.

Podem ser citados ainda os seguintes tipos penais que, na essência, traduzem incriminação independente do planejamento delitivo: arts. 8º, 10, 12, 13, 15, 16, 24 e 25 da Lei 7.170, de 1983 — Lei de Crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social; art. 4º, inciso II, da Lei 8.137, de 1990 — Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra

as Relações de Consumo; arts. 140, 141, 152, 165, 191, 360, 368 e 369 do Código Penal Militar; 207, 234, quarta figura, 288, 288-A, 291, 294, 335, 343 e 358 do Código Penal; 34 a 37 da Lei 11.343, de 2006 — Lei sobre drogas; arts. 24 e 25 da Lei de Contravenções Penais; e, arts. 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento.

Todas essas figuras típicas, inegavelmente, contemplam formas específicas ou aproximadas de conspiração.

De assinalar, nessa toada, que o Supremo Tribunal Federal, há muito, sufragou o entendimento de que pedidos de extradição de estrangeiros relativos à acusação da prática de crime de conspiração satisfazem ao princípio da dupla tipicidade, ante a correspondência ao crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288). Nesse sentido: Ext 1.259, relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, acórdão eletrônico DJe-112 divulg 08/06/2012 public 11/06/2012; Ext 1.212/EUA, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 13/09/2011; Ext 966/EUA, Tribunal Pleno, relator o Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º/09/2006; Ext 912/EUA, Tribunal Pleno, relator o Min. Joaquim Barbosa, DJ de 29/04/2005.

Se a punição da tentativa representa uma evolução do sistema, na medida em que a tônica se desloca da causação para o querer final – veja que na tentativa, o tipo subjetivo se apresenta completo –, é inegável que a extensão da proibição aos atos preparatórios constitui um passo a mais nesse processo de evolução ética da sociedade. Pode-se afirmar que os sistemas jurídicos que punem o planejamento delitivo são sistemas de terceira geração, contrapondo-se aos sistemas causalistas clássicos, marcados fortemente pela doutrina de Von Liszt e Binding, que exigem o resultado naturalístico, e aos modelos que, avançando no campo ético, passaram a reprovar a tentativa, mesmo imperfeita e sem qualquer resultado naturalístico.

Esses sistemas de primeira e segunda geração se caracterizam, como se nota claramente, pelo regime de castigo. O de terceira geração, ao revés, tem na política de prevenção e proteção eficiente do bem jurídico o timoneiro de sua construção dogmática.

Causação ⇔ Tentativa ⇔ Planejamento Criminoso
[Doutrina de Von Liszt] ⇔ [Finalismo] ⇔ [Funcionalismo criminal]

Evolução dogmática

Ao contrário do que se pensa, o tipo de conspiração não aumenta o espectro interventivo do Direito Penal. Essa proposta não integra o folhetim do discurso punitivista. O efeito é oposto. A atuação

do Direito Penal no início da trajetória do crime, além de preservar o bem jurídico de uma agressão mais acentuada, envilecerá os custos sociais e individuais ínsitos ao delito, pois a pena do planejamento, face ao princípio da proporcionalidade, deve necessariamente ser inferior ao do crime colimado.

Por conseguinte, a impunibilidade dos atos preparatórios de crimes graves contrasta com o princípio constitucional da proibição da proteção deficiente dos bens jurídicos. Luciano Feldens teceu os seguintes comentários sobre esse postulado:

A proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional.

De fato, a inexistência de instrumental jurídico que permita ao Estado-juiz punir o planejamento criminoso constitui, claramente, uma falha inconcebível da proteção aos bens jurídicos, sobretudo os de maior relevo. Por isso, Luciano Feldens assinalou que

As obrigações positivas desdobram-se nos planos substantivo e procedimental, impondo aos Estados a elaboração de uma legislação adequada a promover a dissuasão de atos atentatórios às liberdades fundamentais [...].

A resposta a esta pergunta põe em evidência a oportunidade do debate: de que adianta ao Estado aguardar a consumação da conduta almejada pelo agente para intervir?

Não é demais ressaltar que há um mandado constitucional implícito de penalização da conspiração, ditado por razões fáticas. Se o Estado detém o monopólio do uso da força e nega ao cidadão o direito de antecipar-se contra uma ameaça real, mas não atual ou iminente (CP, art. 25), como é ínsito ao planejamento delituoso, e neutralizar *motu proprio* aquele que conspira infundir-lhe mal, cabe a este Estado criar mecanismos eficazes para interromper o curso do acontecimento.

Nesse horizonte, a punição do planejamento delitivo decorre do princípio constitucional da proibição da proteção deficiente, enquanto “imperativo de tutela” inafastável de proteção dos direitos fundamentais.

4 Conspiração como tipo penal

O crime não é resultado de um único ato. É o desfecho de um encadeamento de atos que se sucedem no tempo, em um processo contínuo e crescente, mas que, ao observador, apresentam-se muitas vezes com um todo único.

A esse processo dá-se o nome de *iter criminis* ou trajetória do crime. Define-o Zaffaroni e Pierangeli como o “Conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito.”

Esses mesmos autores apontam os seguintes estágios de desenvolvimento do delito: cogitação, decisão, preparação, começo de execução, culminação da ação típica, surgimento do resultado típico e exaurimento do fato. Estudar conspiração criminosa, qualquer que seja a sua inserção geográfica na dogmática penal, importa fazer um recorte no *iter criminis* e tomar a preparação delitiva como objeto de investigação.

A exemplo de outras modalidades de *inchoete crimes*, entre as quais a tentativa, o falso testemunho, o porte ou a posse ilegais de armas de fogo e o crime de quadrilha ou bando, bem assim de crimes de exaurimento, como a lavagem de dinheiro, a tipificação do planejamento criminoso importa outorgar relevância penal a condutas tradicionalmente consideradas *antefactum* ou *postfactum* impuníveis. De uma maneira ou de outra, a criminalização dessas condutas preparatórias ou de exaurimento implicam ampliação, para aquém ou além, do campo do que é proibido, reforçando, por conseguinte, a tutela do bem jurídico.

Os ordenamentos jurídicos, em geral, punem tão somente os atos que representem início de execução do delito que, aqui, poderíamos denominar de crime de dolo de primeiro grau (ou delito final). Contudo, por razões de política criminal, pode optar o legislador por punir os atos preparatórios, que constituem o estágio imediatamente anterior ao início da atividade executiva. E assim sendo, abrem-se-lhe duas alternativas: (i) ampliar o raio de alcance dos domínios do proibido, alargando a definição de tentativa, nela incluindo condutas anteriores aos chamados atos executórios; e (ii) tipificação do ato preparatório, na parte especial do Código Penal ou em lei extravagante, como crime autônomo.

As principais distinções entre uma e outra técnica se refere ao cabimento da tentativa: na hipótese *ii*, a conduta instaura um *iter criminis* independente, de modo que a não consumação do crime por razões

alheias à vontade do agente pode implicar em sua punição a título de tentativa. Essa distinção foi muito bem apreendida por Zaffaroni e Pierangeli:

[...] A regra geral é a de que o iter criminis começa a ser punível quando começa a atividade executiva, por serem atípicos os atos preparatórios, embora, às vezes, o legislador transforme esses atos em tipos penais especiais, quebrando a regra. Para isso pode seguir dois caminhos diferentes, consistindo o primeiro em estender o proibido para além do âmbito da tentativa, para abranger uma parte da atividade preparatória, ou seja, alterar o alcance que possui a fórmula geral do art. 14, II, do CP, dando-lhe a função de dispositivo ampliador da tipicidade. Este primeiro método não dá lugar a qualquer tipicidade independente, mas tão-só a uma exceção da regra do art. 14, II, do CP. O outro método adotado pela lei é a tipificação independentemente de certos atos preparatórios, que dá lugar a uma tipicidade própria, ou, por outras palavras, a um delito independente, com a consequência de que, por sua vez, este admitirá a tentativa, o que não pode ocorrer na hipótese anterior. O primeiro grupo de casos de punição dos atos preparatórios compõe-se de delitos incompletos, mais amplos que a tentativa; o segundo, de delitos completos, que, por sua vez, admitem a tentativa.

A par da diferenciação quanto ao cabimento da figura tentada, esta compossível apenas na hipótese de tipicidade independente, as duas formas de criminalização dos atos preparatórios distinguem-se pela possibilidade de concurso: enquanto se mostra plenamente cabível o concurso entre o *inchoete crime* (i.e., com tipicidade independente) e o delito de dolo de primeiro grau, não se admite a imputação simultânea entre a fórmula ampliada da tentativa e o crime visado.

Entretanto, é preciso fazer uma ressalva importante: só haverá concurso entre o crime preparatório autônomo e o delito de dolo de primeiro grau se a conduta exceder o conteúdo do injusto típico deste último. Em outros termos, se a eficácia lesiva da conduta se exaurir no delito final, quer na forma tentada ou consumada, o ato preparatório, mesmo que encontre adequação típica autônoma, será *antefactum* impunível. Há que se indagar se a conduta ofende ambos os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais. Por isso, a análise a cargo do juiz deve ser feita de modo inverso, partindo do crime objetivado e seguindo-se retrospectivamente ao crime de preparação. Trata-se, em síntese, da aplicação do princípio da consunção (ou, para alguns, subsidiariedade).

Essa distinção também foi observada por Zaffaroni e Pierangeli:

As diferenças entre a ampliação da tipicidade para abranger os atos preparatórios e a tipificação independente deste refletir-se-ão também em que, se se chegar a tentar ou consumir o fato, se o apenará tendo em conta a tentativa ou o delito consumado, conforme o caso, sempre que se tratar de uma ampliação da tipicidade, sem que possa, em hipótese alguma, concorrer com o delito tentado ou consumado. Ao contrário, tratando-se de um tipo independente, a tipicidade do mesmo será fixada com a sua consumação ou com a tentativa, permanecendo como fato precedente não punível só no caso em que o seu conteúdo injusto não exceda, em sentido algum, o conteúdo injusto da tentativa ou da consumação.

Assim, em nossa legislação, um exemplo muito claro em que a ampliação se estende para abranger os atos preparatórios é o do art. 152 do COM – conspiração para a prática de motim. Neste caso, tentado ou consumado o motim, a sua apenação está coberta pelo crime de motim. Contrariamente, temos tipificação independente dos atos preparatórios nos casos de alguém possuir ‘substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfíxiante, ou material destinado à sua fabricação’ (art. 253 do CP); ‘fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda’ (art. 291; também art. 294); ou de quadrilha ou bando (art. 288). Nestes casos, as condutas já constituem, em si, um perigo para os bens jurídicos. Assim, no caso de se praticar ou tentar o crime do qual a conduta foi preparatória, ela será típica e, além disso, será punível quando ofender outros bens jurídicos que não forem atingidos pela tentativa ou pelo crime consumado. A prática de um dos crimes que tem por finalidade a quadrilha ou bando concorre idealmente com o crime do art. 288 do CP, porque a ação do art. 288 cria perigo para um número maior de bens jurídicos, pela indeterminação dos crimes que tem por objetivo praticar. Diferente é o caso dos arts. 253 e 291, porque, neste casos, o crime é punível unicamente quando exceder o conteúdo dos crimes de explosão ou falsificação, tentados ou consumados, como ocorreria se se tivesse em mira um maior número de explosões ou de falsificações.

Como visto, o Projeto de Lei do Senado PLS 555, de 2011, não estabelece a criação de um tipo independente na parte especial do Código Penal. Pretende o legislador, com a proposição, introduzir um inciso ao art. 14 do Código Penal, prevendo, ao lado do crime consumado e da tentativa, a figura do “crime planejado”:

Planejamento

III – planejado, quando, embora não iniciada a execução, atos preparatórios tenham sido

praticados com propósito inequívoco e potencial eficácia para, em breve, consumá-lo.

A técnica utilizada no projeto padece de sérios equívocos. É indisfarçável que a proposta remete à fórmula adotada pelo Código Penal italiano (art. 56) e que representou um breve triunfo da teoria negativista. Basear a distinção entre ato preparatório impunível e aquele que merece a intervenção do Direito Penal na inequívocidade do ato significa entregar, ao agente, o poder de decidir os “limites do proibido.” O fator determinante para demarcar o momento a partir do qual um indiferente penal se torna um fato típico não seria um critério objetivo ou uma circunstância apreendida pelo juiz, mas única e exclusivamente a perspectiva individual do sujeito ativo. Ou seja, “o critério do autor será o único a determinar a tipicidade.”

Zaffaroni anota também que uma distinção fundada nos postulados da teoria subjetiva, que certamente serviu como fonte de inspiração para o projeto, constitui um critério de conotação eminentemente probatória. É uma amálgama entre um instituto de direito material e uma fórmula tomada dos domínios do direito processual.

As falhas da proposta não cessam aqui. A expressão “em breve” denota intervalo cronológico entre o ato preparatório e o executório, ao passo que, entre um e outro, pode não mediar espaço temporal. Além disso, para saber se uma determinada sucessão de atos cruzou a linha do proibido, o fato tempo é de somenos importância. Entre a resolução do agente e o primeiro ato concreto de planejamento pode transcorrer um minuto, uma hora ou vários dias, o que, de modo algum, influirá na determinação do caráter criminoso da conduta.

“Potencial eficácia” também não está isenta de problemas interpretativos. Trata-se de construção linguística excessivamente aberta e equívoca, incapaz de oferecer a segurança e objetividade necessárias para a solução de causas de natureza penal, em que o *status libertatis* e *dignitatis* da pessoa estão em jogo.

Melhor sorte não tem a proposta contida no projeto de Novo Código Penal, cujo teor é o seguinte:

Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.

Em primeiro lugar, o projeto não se propõe, propriamente, a criminalizar a conspiração. Como já mencionado, a fórmula escolhida é apenas a ampliação do conceito de tentativa a fim de que este instituto

alcance atos que, segundo uma perspectiva formal-objetiva, não seriam considerados início de execução.

Contudo, a proposta é tecnicamente inconsistente e até mesmo inócua. Basicamente, podem-se apontar os seguintes defeitos de que padece o projeto:

(i) os atos imediatamente anteriores ao tipo e que expõem a perigo o bem jurídico protegido já são abrangidos pela concepção atual de tentativa;

(ii) se se quer apenas ampliar o raio conceitual da tentativa, sem implicar na criminalização autônoma da conspiração, não deveria ser empregada a expressão “plano delitivo”, eis que, nem sempre, o ato propriamente executório é precedido de atos concatenados e organizados de maneira que se presuma haver um “plano” criminoso, mesmo tomando-se este em um sentido “profano”. Basta terem em conta os chamados “crimes de ímpeto”, que podem ser antecedidos de atos preparatórios mas não necessariamente inseridos em um plano minimamente organizado de ação;

(iii) a vinculação da punibilidade do ato antecedente punível à periculosidade da conduta constitui critério insuficiente, eis que o perigo ao bem jurídico surge do primeiro ato preparatório e subsiste até a consumação. Assim, não se presta como critério distintivo;

(v) a proposta menospreza todo o esforço empreendido pela doutrina e jurisprudência, ao longo de mais de um século, para se desincumbir do árduo desafio de definir os contornos do instituto da tentativa.

Por obra da jurisprudência, há muito o Direito brasileiro abandonou a teoria formal-objetiva como critério de distinção entre atos preparatórios e atos executórios. Segundo o testemunho de Zaffaroni e Pierangeli,

O começo de execução do delito’ não pode ser o começo da ação típica, no sentido próprio do verbo típico, e, por outra parte, nunca os nossos Tribunais o entenderam com esse critério, porque jamais teriam 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.

Desse modo, a proposição é inútil e só servirá para provocar intermináveis discussões sobre o sentido e alcance da “inovação” que, na prática, não é novidade alguma. A proposta, nesse ponto, possui valor eminentemente acadêmico e tem muito pouco a oferecer para a solução dos problemas concretos que afligem a sociedade moderna.

A necessidade atual de apelar-se ao denominado “prudente arbítrio do juiz” para a imposição de temperamentos à teoria formal-objetiva será apenas substituída pela necessidade de se recorrer à mesma ponderação do magistrado para a definição do que deve ser compreendido por “plano delitivo,” “atos imediatamente anteriores” e “ato perigoso.” Só que, agora, caberia ao juiz explicitar o sentido de um número maior de elementos normativos.

Acerca do item *iii*, vale novamente ouvir os sempre atuais ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

Paralelamente, tentou-se também complementar o critério objetivo-formal através de um apelo ao ‘perigo imediato’, mas o certo é que o perigo é um componente eventual da tentativa, que, quando se faz presente, começa com o primeiro ato preparatório e permanece até o último ato anterior à consumação, o que nos impede de nos valeremos dele como critério suficiente.

Como o perigo não tem utilidade como critério, pois que desde a preparação até a consumação apresenta um aumento contínuo, em que não se podem assinalar limites, pensou-se que o ponto terminante será o da decisão que tiver feito perigar de forma imediata o bem jurídico, desde que conforme com a representação que da realidade tivesse o autor.”

Poderiam ser mencionadas outras falhas que acometem o projeto. Aquelas postas em relevo bastam para demonstrar que, definitivamente, a distensão da concepção da tentativa não é a técnica mais indicada para que se coloque em prática uma nítida decisão de política-criminal que orientou a comissão de juristas: ampliar o espectro de proteção do bem jurídico.

Indubitavelmente, a melhor alternativa é a criminalização da conspiração como tipo penal autônomo. Fixada tal premissa, insta examinar como poderia ser aviado o preceito incriminador.

A definição do verbo que exprimirá a ação proibida e do objeto sobre o qual incidirá a ação é exigência básica para a concepção de qualquer tipo penal. Ademais, urge sejam evitados termos linguísticos ambíguos e elementos normativos, optando-se, tanto quanto possível, por parâmetros objetivos e sensíveis, isto é, que sejam perceptíveis pelo *extraneus*.

As descrições típicas centradas no acordo de vontades são algo reducionistas, pois, naturalmente, não de pressupor a convergência das condutas de pelo menos dois agentes — concurso necessário. Uma figura delitiva vazada nesses termos não satisfaria, em sua plenitude, o princípio da proibição da proteção

deficiente, conforme amplamente discutido neste texto.

Tomar por empréstimo o verbo associar, núcleo dos tipos de quadrilha ou bando (CP, art. 288) e associação para o tráfico (Lei 11.343 de 2006, art. 35), ressentir-se-ia do mesmo déficit. A *societas delinquendi*, a par de transmitir uma ideia de continuidade e permanência, exigiria ao menos dois sujeitos.

Convém, pois, que o núcleo do tipo seja constituído por verbos que contemplem a ação de um único sujeito, mas funcionem, com ou sem a adição de termos descritivos, como uma garantia de que somente atos externos concretos darão azo à atuação da norma penal incriminadora.

Os verbos propor, acordar, aceitar, instigar, induzir, determinar, auxiliar e dispor-se encerram essas características. Além de serem largamente utilizados na legislação penal, o que facilita a definição de seu sentido e alcance, tais verbos exprimem ações objetivamente sopesáveis. Não é demais ressaltar que a mera decisão de delinquir não pode ser alvo de censura penal, não só face à impossibilidade absoluta de se provar o que se passa na mente do sujeito, mas também para que não se instaure um inadmissível Direito Penal anímico.

De mais a mais, a norma de determinação de reservar-se a casos de maior gravidade, tendo como referencial o paradigma já consolidado no sistema jurídico penal para a aplicação de diversos institutos penais.

Assim sendo, o delito de conspiração, a ser incluído no capítulo IV – “De outros crimes contra a paz pública”, poderia ter a seguinte descrição típica:

Conspiração

Propor a outrem ou com ele acordar o cometimento de fato típico cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 anos de prisão.

Pena – a cominada ao tipo que se pretende praticar, reduzida de um a dois terços, atendendo-se à gravidade do perigo a que se expôs o bem jurídico.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem, em relação a tipo ao qual seja cominada pena equivalente à descrita no caput:

I – Aceita proposta de outrem, a qualquer título, para a prática do crime;

II – Tenta instigar, induzir, determinar ou auxiliar outrem, por qualquer meio, à prática do fato típico, se a conduta não constitui crime mais grave; e,

III – Dispõe-se à prática do crime, iniciando a preparação dos meios destinados à sua execução.

Interessante notar que essa estrutura típica seria prospectiva, partindo do indiferente penal (decisão de delinquir) e dirigindo-se rumo ao crime projetado, em um crescendo. A proposta da tentativa ampliada, prevista no projeto de código, é retrospectiva, eis que parte do início dos atos executórios, como referencial, e retroage aos denominados atos de exposição do bem jurídico a perigo, mediante um exercício hipotético.

Poderiam ser enumerados diversos outros argumentos em defesa da acurácia da proposta e sua redação, entre os quais os seguintes:

(i) o texto é inspirado em códigos modernos, como o Espanhol de 1995 (e reformado em 2010) e Alemão;

(ii) o tipo abarca as condutas do conspirador, provocador e determinador (ou, como prefere o Direito espanhol, proponente);

(iii) evita-se o risco de controvérsia acerca da aptidão de a instigação, induzimento, provocação e determinação influírem concretamente no *animus* do sujeito alvo da incursão do agente, como ocorre nos crimes de constrangimento ilegal e extorsão, em relação à vítima, induzimento a suicídio, em relação ao suicida, e ao sujeito inculpável, na autoria mediata. Nessas hipóteses, se a vítima não se sujeita à vontade do agente, não haveria crime ou, no máximo, o fato constituiria mera tentativa (cf. HC 95389-SP, DJe 23/11/2009. REsp 1.094.888-SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/08/2012). Assim, como na proposta fala-se em “Tentar instigar, induzir ou determinar”, o imbróglio fica superado;

(iv) seria incriminado apenas o planejamento delitivo de crimes graves, em respeito ao princípio da proporcionalidade;

(v) propõe-se punir, a título de conspiração, a conduta praticada por um único agente, distanciando-se do modelo norte-americano, que prevê apenas a hipótese de concurso necessário;

(vi) A opção por “fato típico” no *caput* e parágrafo único II, em lugar de crime, visa a abranger a hipótese de autoria mediata, em que o agente se serve de executor inculpável (ex: menor, doente mental etc.) para a materialização do delito. Além do mais, para quem entende que conspiração deve ser estudada como forma de participação tentada ou forma preparatória punível de participação (vide, Muñoz Conde, 1988, p. 207), a providência atende aos postulados da teoria da acessoriedade limitada; e,

(vii) a técnica da subsidiariedade acolhida no inciso II do parágrafo único, objetiva facilitar

o julgamento dos casos em que a instigação ou induzimento são praticados, por exemplo, no contexto de atos de terrorismo.

De arremate, em resposta às sentinelas das teorias negativistas, que insistem de dizer que é impossível traçar uma linha divisória entre planejamento delitivo e tentativa, nada como recordar a lição de Zaffaroni e Pierangeli:

A tese que tem afirmado ser impossível estabelecer-se distinção entre atos preparatórios e executórios só pode ser sustentada de *lege lata*, mas não de *lege ferenda*.

Alberto Marques, escudado na doutrina de Luiz Alberto Machado, oferece critérios infalíveis para a distinção entre *cogitatio*, atos preparatórios concretos e atos executórios, como a retratabilidade do ato de planejamento:

Os atos preparatórios (sinonímia: preparação, conatus remotus) são todos aqueles que o agente pratica, antes de iniciada a execução do delito, para facilitar, possibilitar, instrumentalizar ou tornar mais eficiente a execução do delito. Inclui a escolha do meio, do local, da oportunidade.

A distinção entre a fase de cogitação e a fase de preparação é simples. A primeira pertence ao foro interno do agente, realiza-se internamente. A segunda, a preparação, é externa, exteriorizada em atos, ou seja, em condutas realizadas no mundo dos fatos. Na cogitação, pensamentos; na preparação, atos. Os atos preparatórios já são condutas, para os fins do Direito Criminal, embora sejam, ordinariamente, irrelevantes.

A distinção entre atos preparatórios e atos executórios é questão das mais tormentosas, mas dela trataremos adiante [...]. Mas, por ora, importa saber que ato preparatório é todo ato praticado pelo agente para tornar possível, mais fácil ou mais eficaz a realização do delito, desde que esse ato já não caracterize execução do delito. O ato preparatório possibilita, mas não constitui, ainda, a execução. A fase de preparação *ainda é uma fase retratável* [...].

Aludiu-se linhas atrás que, por se tratar de tipo independente, não haveria incompatibilidade entre o crime de planejamento e o delito colimado. Se este for concretizado, de forma tentada ou consumada, haverá concurso material de crimes.

Contudo, é importante ressaltar, evidentemente, a hipótese de aplicação do princípio da consunção. Por efeito desse princípio, o crime de conspiração, por constituir etapa ou normal fase de preparação do crime de dolo de primeiro grau, não será punível se o delito pretendido for praticado. O concurso material de crimes, assim, dependeria da subsistência de potencialidade

lesiva residual, como ocorre, por exemplo, na seguinte situação hipotética: o agente planeja meticulosamente a morte de A. Porém, vislumbrando a possibilidade de que B esteja em companhia daquele, aplica reforço ao aparelhamento da empreitada a fim de que esteja preparado para dar cabo de B, se assim lhe convier no momento da execução do crime pretendido.

De resto, é importante frisar que a sugestão de alteração do projeto de Código Penal aqui alinhavada precisa ser acompanhada pela exclusão do art. 40, da proposição — que praticamente reproduz o art. 31 do Código vigente — ante sua manifesta incompatibilidade com um tipo geral de conspiração.

Finalmente, também na linha de uma política criminal que visa a aumentar o campo de proteção do bem jurídico, sem que resvale para uma expansão excessiva do âmbito de intervenção jurídico-penal, urge que a proposta seja acompanhada de outras providências, como a institucionalização da recompensa. E essa medida de cunho premial deve ser destinada não só às pessoas da comunidade em geral que colaboram com as autoridades prestando informações valiosas sobre crimes ou planejamentos delitivos em curso, como também ao próprio preso colaborador.

Desse modo, convém que, ao lado do tipo de conspiração, o novo estatuto repressivo-preventivo penal traga disposição que confira ao juiz criminal e ao juiz de execução penal o poder-dever de impor o pagamento de recompensa, à conta do Funpen – Fundo Penitenciário Nacional, e sem necessidade de precatório (a exemplo requisições de pagamento no âmbito dos Juizados Especiais Federais Cíveis), entre outros benefícios não pecuniários, em favor daquele que presta informações que levem à prisão de suspeitos, libertação e proteção de vítimas, apreensão de instrumentos de crime, recuperação do produto de crime e, sobretudo, que possibilitem a interrupção do planejamento delitivo antes de uma agressão maior ao patrimônio, à liberdade, à vida.

5 Considerações finais

Cumprido, pois, enunciar a síntese das principais premissas e conclusões deste breve estudo:

1. O projeto de Código Penal contém proposição que visa a emprestar à tentativa sentido mais abrangente com o escopo de que sejam considerados “início de execução” atos que, presumivelmente, seriam considerados *antefactum* impuníveis, mas que exponham desde logo o bem jurídico a perigo.

2. Todos os institutos e categorias do Direito Penal moderno de cariz garantista gravitam em torno do conceito de bem jurídico.

3. O planejamento delitivo, por si só, produz uma intolerável perturbação da paz social e, ao mesmo tempo, antecipa o abalo contra o bem jurídico tutelado pela norma proibitiva do fato final colimado pelo agente.

4. O planejamento delitivo, a par de evidenciar culpabilidade de maior magnitude, avulta a eficácia da investida criminosa. A ofensividade dos fatos é potencializada. Ao mesmo tempo, garantem-se, de forma quase infalível, a impunidade e o proveito dos delitos.

5. O finalismo tanto quanto as modernas escolas funcionalistas oferecem ambiente favorável à tipificação da conspiração.

6. A reprovação penal dos atos preparatórios não é estranha ao Direito brasileiro. Inúmeros são os exemplos de criminalização de condutas que se apresentam como meio para a prática de outros delitos.

7. A impunidade dos atos preparatórios de crimes graves contrasta com o princípio constitucional da proibição da proteção deficiente dos bens jurídicos.

8. A punição do planejamento delitivo encontra fundamento no princípio constitucional da proibição da proteção deficiente, enquanto “imperativo de tutela” inafastável de proteção dos direitos fundamentais.

9. A distensão da concepção da tentativa não é a técnica mais indicada para a punição do planejamento delitivo.

10. A melhor alternativa, do ponto de vista técnico-legislativo, é a criminalização da conspiração como tipo penal autônomo.

Referências

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais*. São Paulo: Pioneira, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKER, Marina. *Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1991.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás. *Derecho penal – parte general*. Barcelona: Universitas, 1996.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal e jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Juiz é morto a tiros no Espírito Santo, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 mar. 2003.

Juiz é morto em Presidente Prudente, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 mar. 2003.

Promotor é assassinado a tiros em Minas, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26 jan. 2002.

GABEIRA, Fernando. Sindicalista era perseguido por pistoleiros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 dez. 1988, A-4.

GOMES, Luiz Flávio. Org. *Direito penal – parte geral*. V. II. São Paulo: RT, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MAGALHÃES, Lúcia Helena; FURTADO, Marcelo Gasque. Da tentativa. *Revista dos Tribunais*, ano 83, jul. 1994, v. 705, p. 435.

MARQUES, Alberto. Consumação e tentativa. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, n. 12, fev./mar. 2002, pp. 24-41.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*. Parte Especial. 15. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 5ta, 1999.

_____. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

PELUSO, Luis Alberto. *A filosofia de Karl Popper*. Campinas: Papirus, 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem*. *Ciências Penais*, v. 5, pp. 131-143, 2006.

Jornada no Purgatório. *Revista Veja*, São Paulo, 24 dez. 1986.

Norambuena: Terror por dinheiro. *Revista Veja*, São Paulo, 13 fev. 2002.

O choque e a reação. *Revista Veja*, São Paulo, 30 jan. 2002.

O maior roubo do Brasil. *Revista Veja*, São Paulo, 17 ago. 2005.

Os bandidos de farda. *Revista Veja*, São Paulo, 31 ago. 2011.

O bando se rende. *Revista Veja*, São Paulo, 24 dez. 1989.

Operação pântano. *Revista Veja*, São Paulo, 27 jun. 1990.

SCHABAS, William, Conspiracy, in Dinah L. Shelton, editor in Chief, *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, V. 1, Detroit: Macmillan Reference USA, 2005, at pp. 200-202, ISBN: 0028658477 (set), 0028658485 (v. 1), 0028658493 (v. 2) and 0028658507 (v. 3); copy at Bibliothèque University Saint Paul Library - Reference REF HV 6322.7 E53S44 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.