

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

STEPHAN DOERING DARCIE

O FUNDAMENTO DA TENTATIVA EM DIREITO PENAL

PORTO ALEGRE

2012

STEPHAN DOERING DARCIE

O FUNDAMENTO DA TENTATIVA EM DIREITO PENAL

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Orientador: Professor Doutor Fabio Roberto D'Avila

PORTO ALEGRE

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D214f Darcie, Stephan Doering
O fundamento da tentativa em direito penal. / Stephan
Doering Darcie. – Porto Alegre, 2012.
220 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade
de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do
Sul - PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

1. Direito Penal – Brasil. 2. Tentativa (Direito Penal). 3.
Desvalor de resultado (Direito penal). 4. Ofensividade (Direito
Penal). 5. Perigo (Direito Penal). I. D'Avila, Fabio Roberto. II.
Título.

CDD 341.55632

**Bibliotecária responsável:
Cíntia Borges Greff - CRB 10/1437**

RESUMO

A tentativa se oferece como um dos temas mais versados em sede de doutrina geral do crime. Compreendida como a vontade de cometer um crime, acompanhada de um início de execução e do não-atingimento do resultado pretendido, paira uma grande interrogação acerca do fundamento que subjaz à sua punição mesmo diante da circunstância da inexistência de qualquer resultado lesivo. Tal fundamento é controverso, sendo muitas as formulações que buscam aclará-lo. Uma possível resposta a essa questão, entretanto, não pode descurar das consequências advindas da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito. Entre essas consequências encontra-se a exigência de observância do princípio da tutela de bens jurídicos, princípio esse que convoca, ao lado de uma dimensão de análise voltada para a realidade submetida à tutela, uma segunda e necessária dimensão de análise relacionada à ofensa. Apenas quando efetivamente observado o princípio da ofensividade é que a punição pela tentativa poderá aspirar legitimidade. Essa aproximação entre ofensividade e tentativa, que passa pela percepção do perigo como realidade por si só desvaliosa, demanda, também, uma leitura do perigo adequada às características do ilícito-típico da tentativa.

O presente trabalho vincula-se à linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Direito penal. Tentativa. Fundamento da punição. Princípio da ofensividade. Perigo. Desvalor de resultado.

RIASSUNTO

Il tentativo appare come uno dei temi più studiati nella teoria generale del reato. Dato il tentativo come volontà di commettere un delitto, accompagnato da un'attivazione volta al raggiungimento del risultato delittuoso e dal fallimento dello stesso, ci si domanda quale debba essere il fondamento della sua punizione poichè non comporta conseguenze dannose. Questo fondamento è dibattuto ed esistono diversi orientamenti a riguardo. Una possibile risposta a questa domanda, tuttavia, non può trascurare le conseguenze derivanti dall'adozione del modello di stato democratico di diritto. Tra queste conseguenze c'è l'esigenza di osservare il principio di tutela dei beni giuridici, il quale richiede, insieme ad un'analisi che riguarda la realtà sottoposta alla tutela, una seconda dimensione di analisi che riguarda l'offesa. Solo se viene effettivamente rispettato il principio di offensività, la punizione per il tentativo può avere legittimità. Questo approccio tra offensività e tentativo, che presuppone la percezione del pericolo come realtà in sé dotata di disvalore, richiede anche una lettura del pericolo adeguata alle caratteristiche del tipo di reato tentato.

Il presente studio è legato alla linea di ricerca dei Sistemi Giuridici Penali Contemporanei, del Programma di Post Laurea in Scienze Criminali della Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Parole-chiave: Diritto penale. Tentativo. Fondamento della punizione. Principio di offensività. Pericolo. Disvalore del risultato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I: APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS À FIGURA DA TENTATIVA	14
1. INTRODUÇÃO	14
2. O <i>ITER CRIMINIS</i>	14
2.1. Fase interna ou subjetiva	15
2.2. Resoluções manifestadas	18
2.3. Fase externa ou objetiva	22
3. CONCEITO DE TENTATIVA	26
4. NATUREZA JURÍDICA DA TENTATIVA	28
5. ESPÉCIES DE TENTATIVA	34
5.1. Tentativa inacabada e tentativa acabada	35
5.2. Tentativa desistida	39
5.3. Tentativa inidônea (crime impossível), tentativa irreal e crime putativo	47
CAPÍTULO II: DAS TEORIAS ACERCA DO FUNDAMENTO DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA	60
1. INTRODUÇÃO	60
2. TEORIAS OBJETIVAS	61
2.1. Antigas teorias do perigo	65
a) Feuerbach e Mittermaier	65
b) Carrara	66
2.2. Modernas teorias do perigo	67
a) Liszt	67
b) Mayer	69

c) Eduardo Correia	71
d) Bettiol	72
3. TEORIAS SUBJETIVAS	75
3.1. Violação voluntária de um preceito penal (teoria voluntarista)	80
a) von Buri	80
b) Manzini	84
c) Welzel	86
d) Kaufmann e Zielinski	88
e) Struensee e Sancinetti	93
3.2. Perigosidade do autor (teoria sintomática)	95
a) Garófalo	95
b) Ferri	98
c) Puglia	99
d) Florian	102
4. TEORIAS MISTAS	103
4.1. Teoria da impressão	103
a) Mezger	106
b) Faria Costa	107
4.2. Teoria da união	109
5. APRECIÇÃO CRÍTICA	111
a) Teorias subjetivas	111
b) Teoria da impressão	118
c) Teoria da união	122
d) Teorias objetivas	123
CAPÍTULO III: TENTATIVA E DESVALOR DE RESULTADO: ELEMENTOS PARA UMA NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO ENTRE A TENTATIVA E O MODELO DE CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICOS	127
1. INTRODUÇÃO	127
2. DOS REFLEXOS DO MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM SEDE DE DIREITO PENAL	127
2.1. O princípio da intervenção mínima como ideia reitora jurídico-penalmente transposta do modelo do Estado Democrático	139
2.1.1. Fragmentariedade do direito penal	141
2.1.2. Subsidiariedade do direito penal	144

2.2. A tutela de bens jurídico-penais como linha de legitimação material da intervenção penal	145
2.3. Conclusões parciais I: O direito penal como <i>Tatstrafrecht</i> e o rechaço às teorias subjetivas centradas na perigosidade do autor	148
2.4. Conclusões parciais II: A inconciliável proteção de uma <i>Normgeltung</i> e o rechaço às teorias subjetivas centradas na violação do preceito normativo	150
3. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE COMO PONTO DE CONVERGÊNCIA DAQUELES PRINCÍPIOS REITORES. A IDEIA DE OFENSA COMO LIMITE À ATIVIDADE LEGISLATIVA...	154
3.1. A relação de necessária complementaridade entre ofensa e tutela de bens jurídicos	154
3.2. A ofensa como limite à atuação do legislador penal: aproximações à <i>Schranken-Schranken-Theorie</i>	162
3.3. O dano e o perigo como níveis de ofensa. O desvalor do perigo	167
4. TENTATIVA E OFENSIVIDADE: O PERIGO COMO LIMITE DA OFENSIVIDADE E A POSSIBILIDADE COMO LIMITE DO PERIGO. RECHAÇO À TEORIA DA IMPRESSÃO E À MODERNA TEORIA OBJETIVA	172
5. A “PRETENSÃO DE PROGRESSÃO” DO PERIGO CONSTITUTIVO DA TENTATIVA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS AO NÍVEL DO ACERTAMENTO	178
6. AS RESTRIÇÕES DECORRENTES DO JUÍZO DE FRAGMENTARIEDADE DE 2º GRAU E AS SUAS POSSIBILIDADES APLICATIVAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	187
6.1. Quanto ao critério: modelo formal e modelo material	190
6.2. Quanto ao mecanismo de implementação: modelo legislativo e modelo hermenêutico	192
6.3. Nossa proposição	194
CONCLUSÃO	196
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	200

INTRODUÇÃO

No seu artigo 14, o Código Penal brasileiro leva a cabo uma distinção entre o crime consumado e o crime tentado. Enquanto a consumação consiste na reunião de todos os elementos legalmente definidos, o crime assume a forma tentada “quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. A essa previsão liga-se a exigência de uma diminuição obrigatória de pena, entre um e dois terços da sanção cominada ao correlato crime consumado.

O crime, portanto, é punido, mesmo que o agente não tenha atingido o fim a que se propôs. A grande questão que daí surge é a seguinte: qual o fundamento que se acha na base dessa punição?

O ordenamento jurídico-penal brasileiro possui, como se verá ao longo do trabalho, uma orientação bastante clara nesse sentido. O que longe está de querer necessariamente significar que tal orientação seja insuscetível de reparos. Não é mero acaso o fato de podermos verificar a existência de orientações bastante diversas em outras ordens jurídicas, bem como de milhares e milhares de páginas dedicadas ao tema em sede doutrinal, nas quais observamos as mais diversas orientações e convicções jurídico-penais. Em princípio, poder-se-ia coerentemente sustentar que a tentativa, em virtude da não supervenção do resultado lesivo, não deve ser objeto do direito penal (por que punir quando nada de prejudicial tem lugar?), da mesma forma que se poderia sustentar, com igual coerência argumentativa, uma equiparação sancionatória entre a tentativa e a consumação sob o argumento do merecimento de pena (por que o indivíduo que não consegue matar por um “infortúnio” deve ter a sua pena mais branda do que aquele que, por “sorte”, tem sucesso na empreitada criminosa?).

Tudo o que nos leva a crer que, embora recorrente e, pois, destituído de originalidade, o tema do fundamento da punição da tentativa não só se afigura como um dos mais fascinantes em matéria de doutrina geral do crime, como comporta ainda um amplo espaço para desenvolvimentos. E é precisamente com o desiderato de dilucidar a razão de ser da punição da tentativa que o presente estudo é levado a cabo.

A exposição é dividida, assim, em três capítulos. O primeiro deles versa sobre aspectos conceituais e definitórios da tentativa. Trata-se de uma abordagem que, embora não contemple o núcleo do problema a que se dedica o presente estudo, afigura-se imprescindível ao seu posterior desenvolvimento. São trabalhadas as questões do *iter criminis*, do conceito da tentativa e dos seus elementos estruturais, da natureza jurídica da norma que a prevê e das distintas espécies de tentativa admitidas pela doutrina e legislação.

O segundo capítulo traz uma análise das principais teorias e formulações direcionadas ao fundamento da punição da tentativa. Por razões didáticas, a exposição é imediatamente sistematizada não a partir de um critério cronológico, mas sim a partir de um critério teórico, de semelhança de premissas – ainda que as particularidades de alguns pensamentos não o recomendem. São analisadas construções objetivas, subjetivas e mistas. Entre as construções objetivas, são abordadas as modernas e as antigas teorias do perigo; entre as construções subjetivas, as formulações são agrupadas entre a teoria voluntarista e a teoria sintomática; e entre as teorias mistas, as formulações são agrupadas entre a teoria da impressão e a teoria da união. O referido capítulo reserva ainda uma análise crítica de tais teorias, a que se optou por levar a cabo apenas ao final, quando já analisadas todas as formulações. E isso para que as críticas pudessem ganhar em dinâmica e fluidez, sem o empecilho de porventura ter de se lançar mão de argumentos ou premissas ainda não analisadas, que dificultariam a sua compreensão. Tais críticas, no entanto, é bom que se o diga desde já, são destinadas primordialmente a aspectos sistêmicos, a incongruências descortináveis naquelas próprias formulações. E isso porque quaisquer críticas relacionadas a aspectos nucleares, tais como a função atribuível ao direito penal ou o fundamento do ilícito, demandariam uma mais profunda análise, que por certo transcenderia ou mesmo deturparia aquele *locus* expositivo. Não se abriu mão, contudo, dessas críticas, que apenas foram reservadas para o contexto dessa distinta análise.

Finalmente, o terceiro capítulo é onde se encontra exposta nossa compreensão acerca do fundamento da punição da tentativa. Para tal, analisam-se, em primeiro lugar,

os reflexos da adoção do modelo do Estado Democrático de Direito no âmbito jurídico-penal, reflexos esses que, ao vincularem legislador e julgador penais, acabam por se oferecer como embasamento teórico para o rechaço de algumas das construções analisadas no segundo capítulo, nomeadamente as teorias subjetivas, voluntaristas e sintomáticas. Abordam-se, aqui, os princípios da intervenção mínima, bem como os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, e o princípio da tutela de bens jurídico-penais. A seguir, trabalha-se com o conteúdo e o alcance da noção de ofensividade em sede jurídico-penal, contexto no qual tem lugar uma sucinta análise da noção penal de perigo. Mais adiante, leva-se a cabo uma definitiva aproximação entre a tentativa e a ofensividade, analisando-se, nesse contexto, os limites impostos pela noção de perigo no que diz respeito à configuração da tentativa. Limites esses que, por sinal, representam um afastamento tanto em relação às teorias objetivas analisadas quanto em relação às teorias mistas, notadamente a teoria da impressão, fechando-se, assim, o panorama das críticas às construções analisadas no capítulo anterior. No ponto seguinte, analisa-se um possível critério de verificação do perigo penalmente relevante para fins de configuração do tipo de ilícito da tentativa. Por fim, são examinadas as restrições decorrentes do que se chamou de um juízo de *fragmentariedade de 2º grau* e a sua possível aplicação no contexto jurídico-penal brasileiro.

CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, respeitada a ordem sistemática do presente estudo, podemos formular as seguintes considerações:

Primeira: A concepção da tentativa arranca da premissa de que a prática de um crime constitui uma trajetória fragmentável. A tentativa, nesse contexto, inclusive por força da sua definição legal, tem lugar apenas na fase executiva.

Segunda: A tentativa pode ser definida como a vontade de cometer um crime acompanhada de execução nesse sentido, sem a correspondente perfectibilização do intento criminoso. A teor do artigo 14, inciso II, do Código Penal, a configuração da tentativa exige, para além do dolo, o início de execução e a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. Contrapõe-se, ademais, à ideia de lesão. Tais particularidades permitem considerar a tentativa como um ilícito-típico dotado de autonomia, ainda que carente de complementação de uma norma prevista na Parte Especial.

Terceira: São quatro as espécies de tentativa destacadas tanto pela doutrina quanto pela legislação: inacabada, acabada, desistida e inidônea. As tentativas acabada e inacabada são as espécies fundamentais de tentativa, previstas pelo artigo 14, inciso II, do Código Penal; as espécies de tentativa desistida são as previstas pelo artigo 15 do Código Penal, e não são punidas; a tentativa inidônea, igualmente impunível, é a espécie prevista no artigo 17 do Código Penal, sob a rubrica de “crime impossível”.

Quarta: As teorias objetivas, na falta da lesão, fundamentam a punição da tentativa na exposição a perigo dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Impõem, de regra, uma punição mais branda em relação ao crime na forma consumada, bem como a não punição da tentativa inidônea. Dividem-se entre as chamadas antigas teorias do perigo e as modernas teorias do perigo, as quais se distinguem fundamentalmente em relação aos critérios utilizados para a verificação desse perigo.

Quinta: As teorias subjetivas, na falta da lesão, fundamentam a punição da tentativa na vontade contrária ao direito, seja numa perspectiva de violação do preceito normativo (teorias voluntaristas), seja na perspectiva da perigosidade do agente (teorias sintomáticas). Impõem, como regra, idêntica punição em relação à consumação, bem como a punição da tentativa inidônea. Mais particularmente no que diz respeito às teorias sintomáticas, não oferecem justificativa convincente, de ordem material, para a não punição de estágios anteriores à execução.

Sexta: As teorias mistas encontram-se em uma zona intermédia, fundamentando a tentativa, na ausência de lesão, na má impressão ou no abalo à confiança na vigência do ordenamento por ela ocasionados (teorias da impressão) ou numa fundamentação variável, conforme o caso, de fundamentos objetivos e subjetivos (teoria da união). A teoria da impressão impõe, como regra, a punição da tentativa inidônea, excetuando-a apenas quando manifesta a inaptidão do meio ou a impropriedade do objeto; a teoria da união impõe a punição da tentativa inidônea, excetuando-a apenas em alguns casos de inidoneidade (tentativa supersticiosa e representação de um grau de perigo impune).

Sétima: A adoção do modelo de Estado Democrático de Direito traz consequências bastante sensíveis na esfera do direito penal, fundamentalmente por força da valorização da pessoa humana e, com isso, da liberdade. A partir da consagração desses valores, têm lugar os princípios da intervenção mínima – mediatizado pelos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade – e da tutela de bens jurídicos, princípios esses incompatíveis com as teorias subjetivas da tentativa, bem como com a teoria da união, no seu viés subjetivo.

Oitava: A teoria do bem jurídico reclama, para além de um primeiro nível de valoração, de caráter positivo, voltado para o reconhecimento de uma realidade suscetível de tutela penal, também um segundo nível de valoração, de caráter negativo, atento à significação assumida por um dado fato face àquele valor cuja continuidade se busca proteger. A negatividade aqui referida diz respeito ao juízo que se faz de determinados fatos que atentam contra aquela realidade positivamente valorada. Essa segunda dimensão de análise não é meramente complementar ou acessória, oferecendo-se como uma imposição lógica da própria adoção da teoria do bem jurídico.

Nona: A ofensividade, na classificação das espécies normativas, assume-se como princípio e como regra. Prepondera, no entanto, a sua feição de regra jurídica. Ainda que careça de expressa menção positiva, a ofensividade encontra acolhida no ordenamento jurídico pátrio tanto em sede constitucional – implícita no artigo 1º, inciso

III, que se refere à dignidade da pessoa humana, assim como no *caput* e em diversos incisos do artigo 5º alusivos à liberdade – quanto em sede infraconstitucional – notadamente nos artigos 17 e 13 do Código Penal.

Décima: Embora não haja direitos insuscetíveis de restrições, o poder de restrição concedido ao legislador, no que diz respeito a direitos fundamentais, demanda uma justificação excepcional. No caso do direito penal, a restrição de direitos fundamentais, intrínseca à sua particular forma de intervenção, apenas estará justificada quando a proibição recair sobre ofensas a bens jurídico-penais. A ofensividade, assim, oferece-se, em se tratando de direito penal, como limite ao poder de restringir direitos fundamentais do legislador – e, pois, ao seu poder de incriminar. Essa limitação não se dirige apenas ao legislador, reivindicando observância também no plano hermenêutico-aplicativo. O que significa, no caso da tentativa, que ainda que se tenha uma inequívoca vontade orientada para a prática de um crime, a mesma só ascenderá à discursividade penal quando objetivar-se a ponto de ocasionar uma ofensa a um bem jurídico-penal.

Décima primeira: A noção de ofensa não se resume ao dano, abrangendo também o perigo de dano. O perigo constitui o limite mínimo da ofensividade. Trata-se de uma realidade normativa, composta pela conjugação de dois elementos: a probabilidade de um acontecer e o caráter danoso desse acontecer. Possui um desvalor autônomo e encontra seu limite objetivo na *possibilidade*. Assim sendo, a *possibilidade* acaba por se oferecer automaticamente como limite da ofensividade. Em outras palavras, sem possibilidade não há perigo e, por conseguinte, ofensa.

Décima segunda: A configuração do ilícito-típico da tentativa demanda o mesmo exame de tipicidade material exigível nos crimes consumados. A configurabilidade da tentativa é, por isso, limitada à constatação, ao menos, de uma possibilidade de dano a um bem jurídico-penalmente tutelado. O que, entre nós, é expressamente reconhecido pelo artigo 17 do Código Penal, ao determinar que a tentativa não é punida “quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. Para a determinação dessa possibilidade, deve ser levado a cabo um juízo *ex ante* de base total (ontológica e nomológica), o que representa um afastamento em relação às formulações objetivas estudadas e às teorias da impressão.

Décima terceira: A mera constatação *ex ante* de uma possibilidade de dano não necessariamente oferece conteúdo de desvalor bastante para fundamentar a punição. Essa possibilidade deve se apresentar em patamares significativos para que se possa

cogitar de um perigo penalmente relevante (é dizer: nem todo perigo é um perigo penalmente relevante). Essa significação varia conforme o tipo legal de crime.

Décima quarta: A lógica de convergência que se faz presente na estrutura típica da tentativa conduz à conclusão de que o perigo nela presente é um perigo vocacionado ao movimento, um perigo dinâmico, que traz consigo, de forma intrínseca, uma pretensão de progressão. O que, por sua vez, faz com que o juízo de aferição do perigo penalmente relevante seja levado a cabo tendo por referencial não o nível de perigo verificado quando do início da execução (singular juízo *ex ante*), mas sim o perigo verificado na globalidade da execução. O referido critério acaba por viabilizar a existência de uma categoria intermédia, entre a tentativa e a tentativa inidônea (crime impossível), a que se chamou de *tentativa insignificante*, compreendida como aquela tentativa na qual o perigo, embora existente, não logra ultrapassar os patamares mínimos de relevância.

Décima quinta: A previsão legal da tentativa representa um alargamento da área de punição. Aplicando-se a a todos os tipos legais de crime previstos na Parte Especial, o resultado seria um esgaçamento da técnica de tutela pretendida pelo legislador, o que atentaria contra o princípio da fragmentariedade. De modo que a admissão da tentativa a um determinado tipo legal de crime demanda, além da do exame da relevância axiológica do bem jurídico e da necessidade de sua proteção por intermédio do direito penal (fragmentariedade de 1º grau), o exame da necessidade de sua proteção em relação a ataques em forma de tentativa (fragmentariedade de 2º grau). Esse exame, dificultado em virtude da técnica da previsão da tentativa, prevista na Parte Geral, não encontra aplicação no Brasil – a tentativa, entre nós, tem a sua admissibilidade obstada apenas em relação às contravenções. Trata-se, no entanto, de uma falha. Propõe-se, portanto, de *lege ferenda*, um modelo de efetivação do juízo de fragmentariedade de 2º grau baseado em um critério formal (*quantum* de pena) e implementado pelo mecanismo legislativo, com correções materiais de ordem legislativa (exceções legais positivas e negativas) e hermenêutica (exceções judiciais negativas).