



**Questão de Direito Penal – 1,0 Ponto – PADRÃO DE RESPOSTA.**

“No delito doloso não se pune apenas a conduta que chega a realizar-se totalmente ou que produz o resultado típico, pois a lei prevê a punição da conduta que não chega a preencher todos os elementos típicos, por permanecer numa etapa anterior de realização” (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli *in Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem – São Paulo: RT, 2008, p. 598).

Discorra de forma sucinta sobre as teorias fundamentadoras da punição da tentativa, indicando, pelo menos, quatro correntes doutrinárias e as principais críticas que recaem sobre cada uma delas.

## PADRÃO DE RESPOSTA:

As Teorias Fundamentadoras da punição da tentativa são, basicamente, quatro:

### 1ª – Teoria Objetiva (ou realística ou dualista):

Para Nucci, “o objetivo da punição da tentativa volta-se ao perigo efetivo que o bem jurídico corre, o que somente se configura quando os atos executórios, de caráter unívoco, têm início, com idoneidade, para atingi-lo. É a teoria adotada pelo art. 14, II, do Código Penal brasileiro. Leva-se em consideração tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado. A redução da pena torna-se, então, obrigatória, uma vez que somente se poderia aplicar a pena igual à que seria cabível ao delito consumado se o bem jurídico se perdesse por completo – o que não ocorre na figura da tentativa” (Guilherme de Souza Nucci in *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009, p.312).

Para Bitencourt, “a punibilidade da tentativa fundamenta-se no perigo a que é exposto o bem jurídico, e a repressão se justifica uma vez iniciada a execução do crime. Não se equipara o dano ou perigo ocorrido na tentativa com o que resultaria do crime consumado. Esta é a teoria adotada pelo nosso CP” (Cezar Roberto Bitencourt in *Código Penal Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127).

Damásio esclarece que “para seus partidários, o fundamento da punibilidade da tentativa reside no perigo a que é exposto o bem jurídico. Não se tendo realizado o dano almejado pelo agente, o fato por ele cometido deve ser apenado menos severamente. O nosso Código adotou a doutrina objetiva. É o que se contém no art. 14, parágrafo único (...)” (Damásio Evangelista de Jesus in *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381).

### Críticas à Teoria Objetiva:

Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “para uns, a tentativa é punida atendendo a critérios objetivos, porque coloca em perigo um bem jurídico. **Se assim fosse, o problema levaria a uma duplicidade de perigos nos crimes de perigo**” (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli in *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem – São Paulo: RT, 2008, p. 599).

Rogério Greco, inicialmente, assevera que “a teoria objetiva, adotada como regra pelo nosso Código, entende que deve existir uma redução na pena quando o agente não consiga, efetivamente, consumir a infração penal, quer dizer, a pena para a tentativa deve ser menor do que aquela aplicada ao agente que consegue preencher todos os elementos da figura típica”.

Na sequência, aduz que referida regra sofre exceções. Vejamos: “Tal regra, contudo, sofre exceções, como no caso em que o legislador pune a tentativa com as mesmas penas do crime consumado, prevendo-a expressamente no tipo, a exemplo do art. 352 do Código Penal. Por essa razão, ou seja, por causa da ressalva contida no parágrafo único do art. 14, é que podemos concluir ter o Código Penal adotado a teoria objetiva temperada, moderada ou matizada, isto é, a regra é que a pena correspondente ao crime tentado sofra uma redução. Contudo, tal regra sofre exceções, conforme previsto pelo próprio artigo. Assim, embora adotando-se uma teoria objetiva, ela não é pura, mas sim, como dissemos, **temperada**,

*moderada ou matizada*” (Rogério Greco in *Código Penal: comentado*. 4ª ed. Niterói, RJ: Ímpetus, 2010, pp. 43/44).

A hipótese do art. 352 do CP (Art. 352. *Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena – detenção, de 3 meses a 1 ano, além da pena correspondente à violência*) citada pelo professor Rogério Greco, onde o legislador equipara o crime tentado ao consumado, punindo-os com a mesma pena, é chamado pela doutrina de **crime atentado**, segundo aviso do professor Victor Eduardo Rios Gonçalves (*Direito Penal, parte geral*. 16ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010 (coleção sinopses jurídicas, v.7, PP. 77/78).

## **2ª – Teoria Subjetiva (ou voluntarística ou monista):**

Segundo Nucci, referida teoria “*leva em consideração, para justificar a punição da tentativa, fundamentalmente, a vontade criminosa, desde que nítida, podendo ela estar presente e identificada tanto na preparação quanto na execução. Leva-se em conta apenas o desvalor da ação, não importando, para a punição, o desvalor do resultado. Nesse caso, inicia-se a possibilidade de punir a partir do momento em que o agente ingressa na fase da preparação. Como o objetivo é punir aquele que manifesta vontade contrária ao Direito, nem sempre deve o juiz atenuar a pena*” (Guilherme de Souza Nucci in *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009, p.312).

Conforme Bitencourt, a teoria subjetiva “*fundamenta a punibilidade da tentativa na vontade do autor contrária ao Direito. Para essa teoria o elemento moral, a vontade do agente é decisiva, porque esta é completa, perfeita. Imperfeito é o delito sob o aspecto objetivo, que não chega a consumir-se. Por isso, segundo esta teoria, a pena da tentativa deve ser a mesma do crime consumado. Desde que a vontade criminosa se manifeste nos atos de execução do fato punível, a punibilidade estará justificada*” (Cezar Roberto Bitencourt in *Código Penal Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 126/127).

Damásio leciona que a teoria subjetiva “*vê na manifestação da vontade do agente, que é perfeita, a razão da punibilidade da tentativa. Imperfeito é o crime sob seu aspecto objetivo, pois não chega a consumir-se. Em face disso, a pena do conatus deve ser a mesma do delito consumado. Assim, aquele que pratica uma tentativa branca de homicídio (que não produz ferimento) deve ter a mesma sanção do homicídio consumado*” (Damásio Evangelista de Jesus in *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381).

Rogério Greco esclarece que, “*segundo a teoria subjetiva, o agente que deu início aos atos de execução de determinada infração penal, embora, por circunstâncias alheias à sua vontade, não tenha alcançado o resultado inicialmente pretendido, responde como se a tivesse consumado. Basta, como se vê, que a sua vontade seja dirigida à produção de um resultado criminoso qualquer, não importando se efetivamente ele venha ou não a ocorrer. Aqui será aplicada ao agente a pena cominada ao crime consumado, não incidindo, outrossim, redução alguma pelo fato de ter permanecido a infração penal na fase do conatus*” (Rogério Greco in *Código Penal: comentado*. 4ª ed. Niterói, RJ: Ímpetus, 2010, p. 43).

## **Críticas à Teoria Subjetiva:**

Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “*para outros, a teoria subjetiva é a que predomina, isto é, a tentativa é punida porque revela uma vontade contrária ao direito. Conforme este critério, como a vontade contrária ao direito existente na tentativa é igual à do delito consumado, não se deve distinguir entre a pena da tentativa e a do delito consumado. Isto também é*

*inadmissível frente a nossa lei positiva que estabelece uma pena reduzida para a tentativa (art. 14, parágrafo único, do CP)*” (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli *in Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem – São Paulo: RT, 2008, p. 599). Não obstante as críticas dos professores Zaffaroni e Pierangeli, não se pode olvidar que o direito penal brasileiro apresenta hipótese em que a teoria subjetiva é adotada, como no caso do art. 352 do CP onde o legislador equipara o crime tentado ao consumado, punindo-os com a mesma pena, é chamado pela doutrina de **crime atentado**, segundo aviso do professor Victor Eduardo Rios Gonçalves (*Direito Penal, parte geral*. 16ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010 (coleção sinopses jurídicas, v.7, PP. 77/78. Ver, também, Rogério Greco *in Código Penal: comentado*. 4ª ed. Niterói, RJ: Ímpetus, 2010, pp. 43/44)

### **3ª – Teoria Subjetivo-Objetiva (ou Teoria da Impressão):**

Nucci leciona que “*o fundamento da punição é representado pela junção da avaliação da vontade criminosa com um princípio de risco ao bem jurídico protegido. Nas palavras de Roxin, ‘a tentativa é punível, quando e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão juridicamente abaladora; ela põe, então, em perigo a paz jurídica e necessita, por isso, de uma sanção correspondente a esta medida’ (Resolução do fato e começo da execução na tentativa. Problemas fundamentais de direito penal, p. 296). Como se leva em consideração a vontade criminosa e o abalo que a sua manifestação pode causar à sociedade, é faculdade do juiz reduzir a pena*” (Guilherme de Souza Nucci *in Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009, p.312).

### **Críticas à Teoria Subjetivo-Objetiva (ou Teoria da Impressão):**

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que “*a partir da teoria da prevenção geral, afirmou-se que a tentativa é punida por ser perigosa ‘qualquer conduta que produz, no seio da comunidade, a impressão de uma agressão ao direito, e mediante a qual fica prejudicada a sua firme validade na consciência da comunidade’ (Mezger). Segundo esta teoria, se sustentaria que o único fundamento da punição da tentativa seria o alarme social, o que por si mesmo não tem sentido, posto que o alarme social sempre obedece à afetação de um bem jurídico. A teoria da impressão resultaria, frente à nosso direito positivo, francamente violatória do princípio republicano, na medida em que puniria condutas que não afetam bens jurídicos*” (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli *in Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem – São Paulo: RT, 2008, p. 599).

### **4ª – Teoria Sintomática (ou “a preconizada pela Escola Positiva”):**

Nucci assevera que a Teoria Sintomática “*preconizada pela Escola Positiva, entende que o fundamento de punição da tentativa concentra-se na análise da periculosidade do agente. Poder-se-ia punir os atos preparatórios, não se necessitando reduzir a pena, de caráter eminentemente preventivo*” (Guilherme de Souza Nucci *in Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009, p.312).

### **Críticas à Teoria Sintomática (ou “a preconizada pela Escola Positiva”):**

Sobre esta teoria, Zaffaroni e Pierangeli pontificam que “*outros, limitam-se a fixar-se no autor e a fundamentar a punição da tentativa na periculosidade do autor. Este critério – eminentemente positivista – tampouco funciona dentro de nosso sistema penal, porque levaria à punição a tentativa inidônea, não punível no Código (art. 17)*” (Eugenio Raúl Zaffaroni e

José Henrique Pierangeli *in Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem – São Paulo: RT, 2008, p. 599).

Planilha de correção:

1 – Utilização correta do idioma oficial e capacidade de exposição (item 8.4 do edital) – 0,00 a 0,10.

2 – Fundamentação e consistência

2.1 – Correta indicação e breve explicação sobre a Teoria Objetiva (ou realística ou dualista) e respectiva crítica, mencionando que é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro em seu art. 14, II – 0,00 a 0,25 – [Divisão dos pontos: 0 (0,00) – 1 (0,0625) – 2 (0,125) – 3 (0,1875) – 4 (0,25)];

2.2 – Correta indicação e breve explicação sobre a Teoria Subjetiva (ou voluntarística ou monista) e respectivas críticas – 0,00 a 0,25 – [Divisão dos pontos: 0 (0,00) – 1 (0,0625) – 2 (0,125) – 3 (0,1875) – 4 (0,25)];

2.3 – Correta indicação e breve explicação sobre a Teoria Subjetivo-Objetiva (ou Teoria da Impressão) e respectivas críticas – 0,00 a 0,20 – [Divisão dos pontos: 0 (0,00) – 1 (0,05) – 2 (0,10) – 3 (0,15) – 4 (0,20)];

2.4 – Correta indicação e breve explicação sobre a Teoria Sintomática (ou a “preconizada pela Escola Positiva”) e respectivas críticas – 0,00 a 0,20 – [Divisão dos pontos: 0 (0,00) – 1 (0,05) – 2 (0,10) – 3 (0,15) – 4 (0,20)].