

STEPHAN DOERING DARCIE

# O FUNDAMENTO DA TENTATIVA EM DIREITO PENAL

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2014

# SUMÁRIO

|                    |   |
|--------------------|---|
| Apresentação ..... | 1 |
| Prefácio.....      | 3 |
| Introdução.....    | 7 |

## Capítulo I

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Aproximações conceituais à figura da tentativa .....                               | 11 |
| 1. Introdução .....                                                                | 11 |
| 2. O <i>iter criminis</i> .....                                                    | 11 |
| 2.1. Fase interna ou subjetiva.....                                                | 12 |
| 2.2. Resoluções manifestadas.....                                                  | 15 |
| 2.3. Fase externa ou objetiva .....                                                | 20 |
| 3. Conceito de tentativa .....                                                     | 25 |
| 4. Natureza jurídica da tentativa.....                                             | 27 |
| 5. Espécies de tentativa .....                                                     | 35 |
| 5.1. Tentativa inacabada e tentativa acabada .....                                 | 35 |
| 5.2. Tentativa desistida .....                                                     | 40 |
| 5.3. Tentativa inidônea (crime impossível), tentativa irreal e crime putativo..... | 49 |

## Capítulo II:

|                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------|----|
| Das teorias acerca do fundamento da punição da tentativa ..... | 65 |
| 1. Introdução .....                                            | 65 |
| 2. Teorias objetivas.....                                      | 67 |
| 2.1. Antigas teorias do perigo .....                           | 71 |
| a) Feuerbach e Mittermaier .....                               | 71 |
| b) Carrara .....                                               | 72 |
| 2.2. Modernas teorias do perigo .....                          | 73 |
| a) Liszt .....                                                 | 73 |
| b) Mayer .....                                                 | 75 |
| c) Eduardo Correia .....                                       | 77 |
| d) Bettiol .....                                               | 79 |

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Teorias subjetivas.....                                                | 82  |
| 3.1. Violação voluntária de um preceito penal (teoria voluntarista) ..... | 87  |
| a) von Buri.....                                                          | 87  |
| b) Manzini .....                                                          | 92  |
| c) Welzel.....                                                            | 94  |
| d) Kaufmann e Zielinski.....                                              | 97  |
| e) Struensee e Sancinetti.....                                            | 103 |
| 3.2. Perigosidade do autor (teoria sintomática) .....                     | 105 |
| a) Garófalo.....                                                          | 105 |
| b) Ferri.....                                                             | 108 |
| c) Puglia.....                                                            | 109 |
| d) Florian.....                                                           | 112 |
| 4. Teorias mistas.....                                                    | 113 |
| 4.1. Teoria da impressão.....                                             | 113 |
| a) Mezger .....                                                           | 117 |
| b) Faria Costa .....                                                      | 118 |
| 4.2. Teoria da união .....                                                | 121 |
| 5. Apreciação crítica .....                                               | 123 |
| a) Teorias subjetivas .....                                               | 123 |
| b) Teoria da impressão.....                                               | 131 |
| c) Teoria da união .....                                                  | 135 |
| d) Teorias objetivas.....                                                 | 136 |

### **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.....** 141

**1. Introdução .....** 141

**2. Dos reflexos do modelo de Estado Democrático  
de Direito em sede de direito penal.....** 141

**2.1. O princípio da intervenção mínima como ideia reitora  
jurídico-penalmente transposta do modelo do Estado Democrático.....** 156

**2.1.1. Fragmentariedade do direito penal .....** 158

**2.1.2. Subsidiariedade do direito penal.....** 161

|                                                                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2. A tutela de bens jurídico-penais como linha<br>de legitimação material da intervenção penal .....                                                                        | 162 |
| 2.3. Conclusões parciais I: O direito penal como direito penal do<br>fato e o rechaço às teorias subjetivas centradas na perigosidade do autor .....                          | 166 |
| 2.4. Conclusões parciais II: A inconciliável proteção da vigência da norma e o<br>rechaço às teorias subjetivas centradas na violação do preceito normativo .....             | 168 |
| 3. O princípio da ofensividade como ponto de convergência daqueles<br>princípios reitores. A ideia de ofensa como limite à atividade legislativa.....                         | 173 |
| 3.1. A relação de necessária complementaridade<br>entre ofensa e tutela de bens jurídicos.....                                                                                | 173 |
| 3.2. A ofensa como limite à atuação do legislador penal.....                                                                                                                  | 181 |
| 3.3. O dano e o perigo como níveis de ofensa. O desvalor do perigo .....                                                                                                      | 188 |
| 4. Tentativa e ofensividade: o perigo como limite da ofensividade e a possibilidade<br>como limite do perigo. Rechaço à teoria da impressão e à moderna teoria objetiva ..... | 194 |
| 5. A “pretensão de progressão” do perigo constitutivo<br>da tentativa e as suas consequências em matéria de aferição .....                                                    | 201 |
| 6. As restrições decorrentes do juízo de fragmentariedade de 2º grau<br>e as suas possibilidades aplicativas no direito penal brasileiro .....                                | 210 |
| 6.1. Quanto ao critério: modelo formal e modelo material.....                                                                                                                 | 214 |
| 6.2. Quanto ao mecanismo de implementação:<br>modelo legislativo e modelo hermenêutico.....                                                                                   | 216 |
| 6.3. Nossa proposição.....                                                                                                                                                    | 219 |
| Conclusão.....                                                                                                                                                                | 221 |
| Referências Bibliográficas.....                                                                                                                                               | 225 |