

## Questão Discursiva 00891

Disserte sobre os limites da tentativa, principalmente pelo aspecto da importância de se distinguir sobre a separação entre atos preparatórios e atos de execução, bem como abordando as seguintes teorias que procuram realizar esta distinção: a) Teoria negativa; b) Teoria subjetiva pura; c) Teoria objetivo-formal; d) Teoria objetivo-material; e) Teoria objetivo-individual. Ao final da dissertação, indique e justifique a teoria que melhor oferece critérios para delimitar o início da punibilidade do delito na forma tentada.

### Resposta #002002

Por: **MAF** 18 de Julho de 2016 às 11:53

Diferenciar atos preparatórios dos atos de execução é tarefa árdua e de grande relevância. É relevante porque os atos preparatórios não são puníveis pelo direito penal (como regra), ao passo que os executórios, sim. É tarefa árdua, pois a linha que separa tais atos é extremamente tênue.

Para concretização desta tarefa, algumas teorias foram elaboradas, dentre elas: teoria negativa, teoria subjetiva pura, teoria objetivo-formal, teoria objetivo material e teoria objetivo-individual.

Para teoria negativa, verificada a vontade do agente em praticar a conduta delitiva, deveria ser cominada sanção. Esta teoria visa evitar a impunidade, deixando a cargo do magistrado a distinção entre ato de execução e preparatório, diante da impossibilidade de distingui-los previamente.

Já para a teoria subjetiva, a tentativa estaria concretizada quando o autor, de forma inequívoca, exteriorizasse sua conduta praticando a infração penal.

Segundo a teoria objetivo-formal, a tentativa ocorreria quando o agente praticasse a conduta descrita no tipo penal, sendo que tudo que antecede este momento é considerado como ato preparatório.

Por sua vez, pela teoria objetivo-material, que visa complementar a teoria objetivo-formal, somente poderia se falar em tentativa a partir do momento em que se exponha o bem jurídico tutelado pela norma penal a efetivo perigo.

Para a teoria objetivo-subjetiva/objetivo-individual, o início da execução é marcado pela presença dos elementos indicadores de que o agente iniciou o plano criminoso.

Segundo parcela da doutrina, a teoria objetiva-subjetiva é aquela que melhor atende à proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, pois contém a dimensão subjetiva e objetiva. De fato, as pretensões do autor se manifestam em ações, bem como estas devem ser exteriorizadas objetivamente.

### Correção #001140

Por: **SANCHITOS** 20 de Dezembro de 2016 às 16:49

Tratava-se de dissertação, deveria ter sido melhor concatenados os diversos conceitos.

As definições das diversas teorias estão incompletas. Não foram devidamente delimitadas as diferenças entre elas. O examinador provavelmente ficaria confuso por não deixar evidente as semelhanças e diferenças entre as teorias mencionadas.

Interessante a última frase, a qual sintetizou muito bem as vantagens da teoria objetivo-individual:

***"De fato, as pretensões do autor se manifestam em ações, bem como estas devem ser exteriorizadas objetivamente".***

### Resposta #002412

Por: **SANCHITOS** 20 de Dezembro de 2016 às 16:36

O caminho do crime – iter criminis – é composto pelas fases da cogitação, preparação, execução e consumação. Regra geral, pune-se a consumação; quando todos os elementos do tipo estão presentes. Como exceção, temos a modalidade tentada de crime, que se caracteriza pelo início da execução e a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Dessa forma, verificada a importância em delimitar/separar atos preparatórios dos atos de execução, pois é dessa fase que surge o poder de punir do estado, começaremos a abordar critérios de conformação. Inicialmente surgiu a teoria negativa de distinção. Baseada na ideia de que não era impossível estabelecer critérios seguros de separação entre as fases, negava a existência de instrumentos hábeis a tal desiderato, cabendo ao juiz a tarefa de analisar, topicamente, cada caso concreto.

Após, tivemos teorias puramente subjetivas, onde deveria ser buscado o início da intenção do agente na execução delitiva. Como se percebe, teoria extremamente insegura, pois difícil/impossível analisar o elemento subjetivo (interno) do agente. No sentido de trazer critérios objetivos, outras teorias destacaram-se.

Primeiramente, abordaremos a teoria objetivo-formal, que parte da análise puramente objetiva dos fatos, sendo que restaria iniciada a execução a partir do momento em que o agente realizasse algum dos verbos do tipo penal. Nesse viés, alguém que entrasse no domicílio de outrem para furtar, mas que não chegasse a praticar o verbo "subtrair" não poderia responder por tentativa de furto. Como se vê, tal teoria pode gerar de injustiças por restringir demasiadamente a possibilidade de punição por tentativa.

Em outro viés, temos a teoria objetivo-material, a qual se caracteriza pelo fato de antecipar o momento de configuração dos atos executórios, no sentido de que qualquer comportamento que expressasse perigo de ofensa ao bem jurídico tutelado já deveria ser entendido como tentativa. Assim, caso o agente apontasse uma arma para alguém, já restaria configurada a tentativa de crime.

Com o fim de melhor conformação dessas duas últimas teorias, encontramos a objetivo-individual ou objetivo-subjetivo. Nessa teoria o início da execução deve ser entendido dentro do plano delitivo do autor. Assim, a análise deverá ser feita com base no tipo analisado e de tal forma que os atos perpetrados pelo agente estejam dentro de um plano delitivo tendente a consumação de seu intento.

No exemplo da pessoa que adentra um domicílio para furtar determinado objeto (acima referido), restaria verificada a tentativa de furto, pois a invasão da propriedade está na linha de desdobramento, no plano delitivo, do furto de algum objeto lá guardado.

Pelas teorias expostas, entendemos que a teoria que oferece critérios mais seguros para configuração/punibilidade da tentativa seja a objetivo-individual, pois é a que analisa as condutas praticadas à luz do crime a ser praticado, oferecendo assim um parâmetro concretamente aferível, conforme as condutas do agente estejam ou não na linha de execução de determinado crime. Assim, unem-se aspectos objetivos (conduta praticada) e aspectos subjetivos (intenção), em conformidade com o plano delitivo (meios) para a realização do resultado concreto.

## Resposta #003985

Por: Bruno Ville 4 de Abril de 2018 às 19:16

A tentativa ocorre quando o agente inicia a execução, mas o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade. A disciplina legal está no art. 14, II, CP, que tem natureza de norma de extensão da adequação típica (teoria da tipicidade) ou causa de diminuição (teoria da pena).

Em linhas gerais, no crime tentado o agente percorre as etapas do *ites criminis* de cogitação, preparação e dá início à fase de execução, sem no entanto chegar ao fim pela consumação, quando estariam caracterizados todos os elementos do tipo penal, em razão de circunstâncias alheias à sua vontade.

A definição dos limites entre os atos preparatórios e os atos executórios, que caracterizam que o crime será, no mínimo, tentado, é objeto de intenso debate na doutrina e na jurisprudência, dada a natureza fronteiriça entre eles.

A teoria subjetiva pura leva em conta apenas a intenção do agente ao exteriorizar uma conduta, pouco importando a ameaça ou lesão ao bem jurídico. Não diferencia entre ato preparatório e executório, antecipando a tutela penal sempre que houver vínculo subjetivo nos atos.

Já a teoria objetiva leva em conta o nível de risco ou lesão ao bem jurídico que decorrer do comportamento do agente. Ela se divide em algumas vertentes.

Na vertente objetivo-formal, leva em conta a prática do verbo núcleo do tipo penal, sendo o início da execução caracterizado pela entrada do agente na conduta nuclear. Os atos preparatórios são todos os anteriores a estes, subjetivamente vinculados à prática do crime.

A vertente objetivo-material é mais abrangente, e inclui os atos imediatamente anteriores à conduta nuclear, quando consideradas objetivamente do ponto de vista de um terceiro alheio ao fato (o juiz faz esta análise). Ex.: o agente que está no alto de uma escada enconstada a um muro, com um pé-de-cabra na mão, já iniciou a execução de um furto.

A vertente objetivo-individual é mais abrangente, pois se iguala à teoria anterior, mas a análise é do ponto de vista subjetivo do agente, portanto permite antecipar a tutela a atos mais distantes da conduta nuclear. No exemplo acima, já poderia ser considerado ato executório de furto a conduta de colocar a escada apoiada no muro.

A jurisprudência raramente ingressa em discussões aprofundadas sobre a teoria adotada, sendo certo que o STJ entende que deve haver uma conjugação, partindo da teoria objetivo-formal, mas estendendo a tutela para atos imediatamente anteriores. Há pelo menos um precedente que aponta a teoria objetiva-individual, com análise pelo plano subjetivo do agente.

A doutrina parece apontar preferencialmente em direção à teoria objetiva-material.

Feitas as considerações acima, a teoria que melhor se amolda à tutela eficiente dos bens jurídicos é a objetiva-individual, pois não é excessivamente abrangente a ponto de incriminar atos que sequer expõem a perigo o bem jurídico, nem tão restrita que exija que se aguarde ingresso na conduta nuclear do tipo, permitindo a incidência da lei penal a momento imediatamente anterior, mas que esteja inequivocamente vinculado à prática do crime.

Vale mencionar que o Código Penal adota como regra a teoria objetiva (é tentado quando lesionar ou expuser a risco o bem jurídico), e excepcionalmente a teoria subjetiva, para os crimes de atentado ou empreendimento, cuja tentativa tem a mesma pena do crime consumado.

Há ainda alguns crimes que não admitem tentativa, a exemplo dos propriamente culposos, propriamente omissivos, habituais, unissubsistentes, preterdolosos, de atentado, participação em suicídio, abandono de animal em propriedade alheia, além das contravenções penais.

Por outro lado, excepcionalmente há crimes na lei de segurança nacional em que apenas a tentativa é punível, mas não a forma consumada.

## Resposta #004814

Por: andregraju 15 de Novembro de 2018 às 00:34

A consumação de um crime perpassa por várias fases (*inter criminis*), como a cogitação, preparação, execução e consumação. Na cogitação o crime passa apenas na mente do agente, enquanto na preparação ele seleciona os meios que serão empregados para a prática do crime. Por sua vez na execução o agente implementa o seu plano, praticando a conduta prevista no tipo penal. Por fim, na execução, o agente lesa efetivamente o bem jurídico tutelado.

Há muito tempo a doutrina tenta distinguir os atos preparatórios dos executórios, uma vez que essa distinção é importante e traz importantes consequências. É que o art. 14, II, do Código Penal diz expressamente que se pune a tentativa apenas quando for iniciada a execução da conduta. Assim surgiram as teorias negativa, subjetiva pura, objetivo-formal, objetivo-material e objetivo-individual.

Segundo a teoria negativa, é impossível estabelecer previamente o limite entre aos executórios e aos preparatórios, o que ficaria a cargo do aplicador da norma, motivo pelo qual é criticada, já que seria temerária deixar essa distinção a cargo do juiz.

Já a teoria subjetiva pura diz que haveria tentativa quando o agente exteriorizasse sua conduta, não fazendo distinção entre atos preparatórios e atos de execução.

Por sua vez, há a teoria objetiva, que subdivide-se em objetivo-formal e objetivo-material e objetivo-individual. Segundo a teoria objetivo-formal, haveria tentativa quando o agente já tivesse praticado a conduta descrita no núcleo do tipo penal, ou seja, tudo o que acontece nesse momento é tentativa, o que for anterior é preparatório. De outro modo, segundo a teoria objetivo-material haveria tentativa quando iniciada a prática do núcleo do tipo, bem como os atos anteriores que houvessem uma necessária vinculação com a ação típica. Ainda, no tocante à teoria objetivo-individual, atos executórios são aqueles realizados em momento imediatamente anterior ao começo da execução típica, além de considerar plano concreto do autor.

Ainda, existe a teoria da hostilidade ao bem jurídico diz que ato executório é aquele que expõe o bem jurídico a uma situação concreta de perigo.

Por fim, conclui-se que a teoria que melhor oferece critérios para definir o limite de uma conduta punível é a objetivo-individual, visto que ela mescla tanto a vertente subjetiva quanto a objetiva. Em muitos casos, é possível que o indivíduo já se encontra em situação totalmente favorável, pronto e decidido para praticar o crime, de forma que o bem jurídico já estaria em situação de perigo, embora ainda não tenha iniciado o núcleo do tipo. Dessa forma, essa teoria possibilita punir uma pessoa que pulou um muro, arrombou uma janela e já esteja dentro da casa para subtrair os bens de seus moradores, ainda não tenha sequer tocado em algum objeto. Contudo, não é a teoria mais adotada.