

O caso da morte tardia*

Karl-Edmund Hemmer
Achim Wüst

Dificuldade: ★ ★ ★ ☆ ☆

I. Fatos

Para conseguir receber uma herança, Theo (*T*) ataca Oskar (*O*) com intenção de matá-lo e o enforca até que fique inconsciente. Acreditando que *O* estava morto e desejando desfazer-se do cadáver, joga-o em um fosso cheio de água. Em verdade, *O* ainda estava vivo, mas veio a morrer por falta de ar em virtude do afogamento.

Pergunta: analise a punibilidade de *T*.

II. Introdução

Ao tipo objetivo de injusto, como ponto de referência do dolo, pertence também o nexos de causalidade entre ação e resultado. O tipo subjetivo pressupõe o dolo relativamente a todas as elementares objetivas do tipo. Por esta razão, o dolo não deve abarcar somente a morte da vítima, ou seja, o resultado, mas deve também, essencialmente, abarcar o curso causal. Se isto não for assim, não pode o autor ser punido pelo crime doloso em conformidade com o disposto no §16 I 1 StGB (§211 StGB ou §212 StGB)¹. Remanesce, então, a possibilidade de um homi-

* Publicação original: HEMMER, Karl Edmund; WÜST, Achim. Der spätere Tod. In: HEMMER, Karl-Edmund; WÜST, Achim. *Die 34 wichtigsten Fälle zum Strafrecht AT*: nicht nur für Anfangssemester. Würzburg: Hemmer-Wüst, 2013. p. 23-28. Tradução de Heloísa Estellita e Fernanda Tucunduva van Heemstede.

Nota das tradutoras: a resolução original baseia-se nos dispositivos do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB), no entanto, o leitor verá que os fatos, definições e argumentos são facilmente subsumíveis às normas

cídio culposo (§222 StGB c.c. §16 I 2 StGB). Como nem todas as particularidades de um acontecimento podem ser exatamente previstas, desvios não essenciais do curso causal não excluem, sem mais, o dolo. Por isto, no presente caso, coloca-se a questão de se a representação falha do autor – que imaginou que a vítima já estava morta depois do enforcamento, muito embora estivesse viva –, é de ser entendida como recaindo sobre um desvio essencial ou não.

III. Sumário de análise – Punibilidade de T (Gliederung)

A) Homicídio doloso (§212 I StGB)

1. Tipo objetivo

- a) ocorrência do resultado (+)
- b) causalidade (+)
- c) imputação objetiva (+)

2. Tipo subjetivo

(P) Erro de T:

e.A.: Teoria do *dolus generalis* = crime doloso consumado

a.A.: Divisão do acontecimento em duas ações distintas = tentativa do delito doloso e delito culposos, §53 StGB

BGH: Conclusão de acordo com a regra sobre o erro sobre o nexo de causalidade

3. Ilícitude

4. Culpabilidade

5. Resultado: §212 I StGB (+)

B) Assassinato (§§212, I, 211, I, II StGB ganância, §211 II, Grupo 1, 3. Var. StGB) (+)

C) Concurso

D) Conclusão

IV. Resolução – Análise de punibilidade dos agentes – Punibilidade de T:

A) Homicídio, §212 I StGB

Hipótese: T poderia, por ter enforcado e arremessado O no fosso, ser punível em conformidade com o disposto no §212 I StGB.

Método Hemmer: caso se siga a doutrina dominante e se compreenda o §211 como qualificação do §212 I, poder-se-ia examinar conjuntamente os §§212, I, 211 StGB, a partir da chamada “construção combinada”.

1. Tipo objetivo

- a) *Ocorrência do resultado:* O resultado típico ocorreu, pois O morreu.
- b) *Causalidade:* O resultado tem de ser causado por um comportamento de T. O enforcamento de O por T não pode ser pensado retroativamente sem que o resultado morte, em sua forma concreta, desapareça. O enforcamento é causa do resultado de acordo com a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*).
- c) *Imputação objetiva:* T criou, com seu comportamento, um risco não permitido e relevante, que se realizou no resultado típico, ou seja, a morte de O. O resultado é imputável a T.

O tipo objetivo foi realizado.

Método Hemmer: Causalidade e imputação objetiva são facilmente afirmáveis aqui. Não perca tempo com considerações desnecessárias. Na prova, análises longas nesses pontos são desnecessárias.

2. Tipo subjetivo

Questionável é se T agiu com dolo de matar, pois a conduta dolosa de enforçar não foi a que levou à morte de O, mas, sim, uma conduta posterior: a de jogá-lo no fosso com água.

De acordo com um ponto de vista (doutrina do *dolus generalis*), as duas partes do acontecimento causal (enforcamento e arremesso no fosso) devem ser

vistas como uma unidade. Assim, o dolo do primeiro ato cobre também o segundo ato, de arremesso no tanque. Há, portanto, dolo de crime consumado.

Contra tal ponto de vista, considera-se que ele se baseia em uma imputação carente de fundamento. O dolo de *T* no momento inicial não se estendeu até o afogamento de *O*. A figura do *dolus generalis* representa uma ficção ilegal em prejuízo do autor (violação da vedação de analogia *in malam partem* em matéria penal, conforme o art. 103 II GG [*Grundgesetz* – Lei Fundamental alemã]).

Método Hemmer: De acordo com o §16 I 1 StGB o autor tem de agir com dolo no momento da prática da conduta. Central para a presente problemática é o que se deve entender por “conduta”, já que precisamente até tal momento temporal deverá o autor agir dolosamente. A doutrina do *dolus generalis* também deve ser rejeitada porque ela toma como ponto central o arremesso do suposto cadáver no fosso e alarga o dolo até este último momento – no qual, claramente, o dolo de matar não estava mais presente.

Um outro ponto de vista separa o acontecimento total em dois comportamentos ou atos diversos, com dois diferentes fatos subjetivos.

Ele vê, na primeira parte do fato (do enforcamento), um comportamento de homicídio doloso, ao qual falta, porém, o resultado típico. Quanto à segunda parte, a que de fato causou o resultado (arremesso no fosso), entende ausente o dolo.

Consequentemente, *T* seria punível por um homicídio tentado (§§ 212 I, 22, 23 I StGB) em concurso (§ 53 StGB) com um homicídio culposo (§ 222 StGB).

Contra tal ponto de vista, porém, afirma-se que ele desconsidera que os dois atos não estão separados um do outro, lado a lado, sem qualquer relação entre si, e, por isso, este entendimento realizaria uma separação arbitrária de um fenômeno de vida que é unitário.

Preferível é a posição do BGH [*Bundesgerichtshof* – Tribunal de Justiça Federal da Alemanha], que se apega ao primeiro comportamento doloso do autor e a partir daí questiona se houve um não um desvio essencial do curso causal.

O nexa causal entre o comportamento e o resultado é uma elementar não escrita do tipo objetivo de um crime de resultado.

Por isso, o dolo do tipo deve abarcar também o nexos causal. Posto, porém, que nunca serão previsíveis todos os detalhes de um curso causal, os desvios causais não essenciais relativamente ao curso causal imaginado pelo autor não excluem, sem mais, o dolo.

Um erro sobre o curso causal é de ser visto como não essencial e, portanto, irrelevante para o dolo típico, quando se considera a discrepância entre o curso causal real e aquele representado pelo autor como um desvio ainda dentro dos limites da previsibilidade de acordo com uma experiência geral de vida, quando nenhuma outra valoração do fato está justificada e também quando, à vista da vontade realização do autor, não conduz a um resultado inadequado.

Não se poderia, de fato e como fez o BGH, partir da base de que há um dolo que perpassa todo o fato (*dolus generalis*). Para isso, seria necessário que o dolo eventual de *T* se estendesse do primeiro ato de ataque até o afogamento. Tal assunção, porém, não pode ser feita uma vez que, na representação de *T*, *O* já estava morto quando ele o jogou no tanque de água.

Segundo o entendimento do BGH, não se trata de um dolo geral porque o comportamento doloso praticado causou a morte ainda que indiretamente. Sem o enforcamento não estaria a vítima inconsciente, sem a inconsciência não teria o autor jogado a vítima no tanque de água. A morte da vítima foi, por isso, causada por um comportamento doloso do autor. Embora, de fato, tenha ocorrido de forma diversa daquela considerada possível pelo autor.

Essa discrepância entre o curso causal real e o desejado não tem, porém, significado jurídico.

Método Hemmer: Há controvérsia sobre se o desvio do curso causal imaginado já não deve ser analisado no já no âmbito da imputação objetiva, como sustenta a doutrina majoritária. Não discuta, porém, em uma *Klausur* questões relativas à forma de construção, mas decida-se por meio do sumário de análise (*Gliederung*) por um local apropriado de exame dentro da análise estruturada do crime.

O tipo subjetivo foi realizado.

3. *Illicitude*

Não há causas de exclusão da ilicitude. O fato é ilícito.

4. Culpabilidade

Não há causas de exclusão da culpabilidade. O fato é culpável.

Método Hemmer: quando, nos âmbitos da ilicitude e da culpabilidade, nenhum problema for evidente, pode-se ser sintético. Pode-se também formular, em uma frase: “*T* agiu ilegalmente e com culpa”. Especialmente sob pressão do tempo, deve-se diminuir esse tipo de formulação, que na prova não excluirá nenhum ponto, evitando-se, de outro lado, uma censura por incompletude.

5. Solução

T é punível pela prática de homicídio doloso (§212 I StGB [art. 121, *caput*, CP]).

B) Assassinato [homicídio qualificado], §§212 I, 211 I, II StGB

Questionável é se *T*, por meio de seu comportamento, é punível por assassinato.

Método Hemmer: a relação entre §§212, 211 StGB é controversa: enquanto a maior parte da doutrina vê o §211 StGB como qualificação para §212 StGB, o BGH entende o homicídio qualificado (*Mord* [homicídio qualificado]) como tipo penal independente em relação ao homicídio simples (*Totschlag*), com características penais e valores de violação ilícita independentes.

Considera-se aqui a característica de ganância (*Habgier*) (§211 II, 1. Grupo 3. Variante StGB) do assassinato (*Mord*) [equivalente ao homicídio qualificado do CP]. Entende-se por ganância uma grosseira e repugnante busca pelo lucro a qualquer preço. O réu precisa querer uma vantagem material, no sentido real da palavra, para avançar sobre o corpo de alguém.

T matou *O*, no caso em questão, para receber uma herança. Sua busca pelo lucro dominou sua conduta e também sua vontade. Ademais, seu comportamento foi marcado pela ideia de que, com a morte de *O*, seu patrimônio seria aumentado. A circunstância da ganância no homicídio está presente.

Método Hemmer: no âmbito do §211 II StGB diferencie entre circunstâncias qualificadoras ligadas ao fato e ligadas ao autor. Enquanto o primeiro e o terceiro grupos do §211 II StGB referem-se ao autor, o Grupo 2 refere-se ao fato. Apenas em relação a este último é necessário – ao lado da realização objetiva das circunstâncias – também analisar o dolo do agente.

C) Concurso

Fala-se de especialidade quando um tipo penal compreende todas as características necessárias de outro.

Na relação entre tipos penais qualificados e simples, a qualificadora sempre torna o tipo especial.

D) Conclusão

T é punível pela prática de homicídio doloso qualificado consumado em conformidade com o (§211 II, 1. Grupo 3. Variante StGB [art. 121, § 2º, I, CP]).

V. Resumo

O dolo típico, como dado psicológico interno do fato, significa querer a realização do tipo penal com conhecimento de todas as circunstâncias típicas objetivas.

O dolo precisa se relacionar a todos elementos objetivos, inclusive, portanto, o nexo de causalidade. Se houver um erro sobre o curso causal, está excluído o dolo, conforme o §16 I 1 StGB, quando o desvio do curso causal realmente ocorrido é essencial. Neste caso, só se poderá falar em punibilidade por crime culposos §16 I 2 StGB quando prevista em lei (§15 StGB).

Não essencial e, portanto, irrelevante para o dolo típico, é o desvio quando se dá ainda dentro dos limites daquilo que a experiência de vida considera previsível e quando nenhuma outra valoração justifica o fato.

A ganância é uma grosseira e repugnante busca pelo lucro a qualquer preço.

Método Hemmer: memorize, independentemente do problema individual do erro sobre o curso causal, com a ajuda do caso especialmente a construção do crime de resultado consumado doloso. Estructure e elabore o *Gliederung* do seu caso de acordo com esse esquema de análise.

VI. Para aprofundamento

Sobre as qualificadoras do homicídio:

- HEMMER, Karl-Edmund; WÜST, Achim. *Strafrecht*. Besonderer Teil II. 5. Auflage. Würzburg: Hemmer/Wüst-Verlagsgesellschaft, 2014. Rn. 41 e ss.
- BGHSt 14, 193.

Na jurisprudência:

- Quanto ao erro sobre o curso causal, conferir BGH, *NStZ* 2002, 475 = *Life&Law* 2002, 750; BGH, *NJW* 2002, 1057 = *Life&Law* 2002, 461.

Sobre os autores:

Karl-Edmund Hemmer | *E-mail:* verlag@hemmer.de

Achim Wüst | *E-mail:* aw@hemmer.de

Recebimento: 31.05.2022

Aprovação: 02.06.2022

ANEXO – LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA CITADA

GG (*Grundgesetz*, Lei Fundamental alemã)

Artigo 103 [Direitos fundamentais perante os tribunais]

- (2) Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade foi estabelecida por lei antes de seu cometimento.

StGB (Código Penal alemão, *Strafgesetzbuch*)

§ 15. Conduta dolosa e culposa.

Se a lei não prever expressamente a punibilidade da conduta culposa, somente é punível a conduta dolosa.

§ 16. Erro sobre as circunstâncias de fato.

- (1) Quem, ao praticar um fato, não conhece uma circunstância que pertence ao tipo penal, não atua dolosamente. A punibilidade pela modalidade culposa permanece intacta.
- (2) Quem, ao praticar um fato, supõe uma circunstância que realizaria um tipo penal de uma lei mais benigna, poderá ser punido pela prática dolosa conforme a lei mais benigna.

§ 211. Assassinato.

- (1) O assassino será punido com pena perpétua de privação de liberdade.
- (2) Assassino é aquele que, por prazer de matar, para satisfazer o impulso sexual, por ganância ou por motivações inferiores (...) mata um ser humano.

§ 212. Homicídio.

- (1) Quem, sem ser um assassino, mata um ser humano, será punido com pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos.
- (2) Em casos especialmente graves se reconhecerá a pena privativa de liberdade perpétua.