

CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO E IMPUTAÇÃO PENAL: UM EXAME SOBRE A POSSIBILIDADE DA FIGURA DA TENTATIVA NO CRIME DE LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE

OFFENCES QUALIFIED BY THE RESULT AND CRIMINAL IMPUTATION: AN EXAMINATION OF THE POSSIBILITY OF AN ATTEMPT IN CORPORAL INJURY FOLLOWED BY DEATH

Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira¹

FADIC

Resumo

Os crimes qualificados pelo resultado sempre foram objeto de uma intensa investigação doutrinária, tendo em vista as dificuldades que surgem quando da imputação do resultado agravador. O delito de lesão corporal seguida de morte é um dos crimes mais discutidos na doutrina e jurisprudência, apesar da convergência em relação a impossibilidade da figura da tentativa. Nesse sentido, o artigo pretende discutir, a partir do comparativo feito com a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência alemã sobre o assunto, a possibilidade de se falar em tentativa de lesão corporal seguida de morte no Direito Penal brasileiro. A discussão sobre os crimes qualificados pelo resultado se entrelaça com a teoria da imputação objetiva, especialmente no tocante à criação de um risco juridicamente desaprovado, permitindo-se, dessa forma, compreender a imputação do resultado agravador como derivado de um risco gerado pela ação do delito anterior, que pode se dar na forma tentada - início da execução e, portanto, uma ação capaz de criar um risco à vida – ou consumada.

Palavras-chave

Direito Penal. Crimes qualificados pelo resultado. Tentativa de lesão corporal seguida de morte

Abstract

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Estágio pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin. Professor da Graduação, Especialização e Mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Offences qualified by the result have always been the subject of intense doctrinal research, given the difficulties that arise when the aggravating result is imputed. The offence of corporal injury followed by death is one of the most discussed crimes in doctrine and jurisprudence, despite convergence on the impossibility of an attempt. In this context, the article aims to discuss, based on a comparison with doctrine and, above all, German case law on the subject, the possibility of discussing an attempted corporal injury followed by death in Brazilian criminal law. The discussion on crimes qualified by the result is linked to the theory of objective imputation, especially with regard to the creation of a juridically disapproved risk, making it possible to understand the attribution of the aggravating result as deriving from a risk generated by the action of the previous offence, which can be attempted - the beginning of the execution and therefore an action capable of creating a risk to life - or consummated.

Keywords

Criminal law. Crimes qualified by the result. Attempted corporal lesion followed by death

1. Introdução

O tratamento doutrinário, mormente na discussão travada a partir do século XIX, em relação ao crime qualificado pelo resultado possibilitou entender a atribuição de um resultado como um típico processo de imputação, e não, unicamente, a partir de uma relação causal própria das ciências da natureza, apesar da importância da teoria da equivalência das condições como o primeiro limite imposto para uma responsabilização do resultado em matéria penal².

No direito penal alemão, por exemplo, a partir de um caso paradigmático e decidido pelo BGH³, criou-se um claro critério – para

² MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Berlin und München: Verlag von Duncker & Humblot, 1949, p. 114.

³ BGHSt., 14, 110 / BGH NJW 1971, 152

além da necessidade da comprovação dos elementos subjetivos (dolo no delito fundamental e culpa no resultado agravador) – cuja finalidade precípua era de se restringir o espectro punitivo dos crimes qualificados⁴. Apesar da sua importância para a discussão atual sobre a necessidade de uma limitação teleológica com relação aos tipos penais qualificados pelo resultado, o critério “der unmittelbare Zusammenhang” (nexo imediato) foi bastante criticado por sua imprecisão conceitual⁵.

Apesar de um número relativamente extenso de tipos penais que preveem a qualificação pelo resultado agravador, o crime de lesão corporal seguida de morte é, sem dúvida, um dos mais estudados, com vários casos concretos importantes e que trazem uma série de dificuldades dogmáticas e jurisprudenciais. Por esse motivo, o presente trabalho direciona a sua atenção ao referido delito.

No Brasil – apesar do artigo 19 do Código Penal brasileiro estabelecer que a tipicidade nesses delitos não se restringe ao exame monocular do frugal desdobramento causal em virtude da necessidade da comprovação da tipicidade subjetiva, característica derivada do sistema finalista de Welzel⁶ – há uma convergência no sentido de não se aceitar a possibilidade da figura da tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte.

⁴ Na Alemanha a necessidade de restrição se deveu, além de outros fatores, ao fato do crime de lesão corporal seguida de morte, previsto no § 227 do StGB, possibilitar a aplicação de penas privativas de liberdade muito maiores as previstas no caso concurso entre lesão corporal dolosa e homicídio culposos.

⁵ KÜPPER, Georg. Unmittelbarkeit und Letalität: Zum Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge. IN: WEIGEND, Thomas(org.) et al. *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 1999, p. 615-630

⁶ Cf. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

A problemática do presente texto foca na discussão sobre a possibilidade de tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte, o que leva a uma discussão sobre a ainda presente influência de um pensamento causal-naturalista entranhado no processo de atribuição do resultado. Assim, é possível questionar se, a partir do filtro normativo (teoria do risco) imposto pela teoria da imputação objetiva, não seria possível afirmar a possibilidade de tentativa no crime em questão.

A hipótese traça um caminho diferente ao proposto e defendido pela doutrina e jurisprudência brasileira, uma vez que defende a figura da tentativa no delito de lesão corporal seguida de morte em virtude da imperiosa necessidade de se estabelecer um filtro normativo – de cunho político criminal – que se afaste da pura relação causal.

No Brasil, conforme se extrai já nas lições de Hungria⁷, a ideia de uma relação de causa e efeito ainda é bastante premente, uma vez que o autor defende que o resultado morte precisa ser causado pela lesão corporal dolosa⁸, a partir de um desdobramento causal. A hipótese parte da ideia que é preciso compreender os crimes qualificados pelo resultado a partir de um processo de imputação em face de um comportamento típico que gera um risco ao bem jurídico tutelado⁹, permitindo, dessa maneira, uma ampliação e

⁷ Nesse sentido, é possível perceber a perenidade do posicionamento de Hungria nos autores brasileiros atuais. Ver, por exemplo: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. II, 2010, p. 97.

⁸ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. V, 1979, p. 361 e 363.

⁹ Apesar das diferenças metodológicas, de forma semelhante: MELIÁ, Manuel Cancio. *Viktimologischer Ansatz vs. Selbstverantwortungsgrundsatz (zugleich: Allgemeiner Teil vs. Besonderer Teil)?* In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE,

aprofundamento na discussão sobre a possibilidade de tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte.

Assim, o referencial teórico é o funcionalismo de cunho teleológico-racional desenvolvido por Claus Roxin¹⁰, que acabou levando o autor a desenvolver a teoria da imputação objetiva a partir do “princípio do risco”¹¹. É inegável que a indissociável relação entre o direito penal e a política criminal possibilitou o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, o que demonstra a importância do referido autor para a discussão, porém, é de se reconhecer, diferentemente de Roxin, que a imputação objetiva deve ser examinada a partir de duas – e não três – bases fundamentais, ou seja, a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização do risco no resultado¹².

Vale salientar que a discussão do presente texto não aborda propriamente a teoria da imputação objetiva e as inúmeras questões derivadas. Porém, a inclusão sistematicamente coerente do “princípio do risco” – base para a imputação objetiva – permitiu entender a imputação como um processo valorativo e orientado pela política criminal. A discussão travada em solo alemão sobre os crimes

Tatjana; GRECO, Luís (orgs). *Festschrift für BERND SCHÜNEMANN zum 70. Geburtstag*. Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2014, p. 322

¹⁰ Em especial a obra: Roxin, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973. Há uma tradução para o português feita por Luís Greco: Roxin, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

¹¹ ROXIN, Claus. Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. In: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1970, p. 135-136.

¹² Como se vê, por exemplo, na obra: FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988.

qualificados pelo resultado demonstra a importância da inclusão da ideia de risco para a dogmática penal.

O artigo foi estruturado, além da presente introdução, em mais três tópicos, nos quais serão abordadas a teorização dogmática realizada em solo nacional e a sua consolidação na doutrina e jurisprudências atuais; posteriormente, examinar-se-á a historicidade e o desenvolvimento da discussão sobre os crimes qualificados pelo resultado a partir dos casos decididos nas cortes alemãs e da doutrina subjacente que se desenvolveu em seguida; e, por fim, já na conclusão, defende-se a possibilidade de se compreender que o processo de imputação permite visualizar a possibilidade de se falar em tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte.

2. Lesão corporal seguida de morte e tentativa: uma análise da discussão na doutrina e jurisprudência brasileira

Como dito, a dogmática penal brasileira – historicamente falando – defendeu a impossibilidade da tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte. Na verdade, quando se fala no assunto, a doutrina é rasa e direta sobre essa impossibilidade, não chegando a sequer problematizar a questão¹³. Então, os fundamentos para a negativa devem ser buscados no exame doutrinário feito no tipo em comento.

Ao estabelecer os elementos da lesão corporal seguida de morte, afirma-se que o delito-base é uma efetiva lesão corporal dolosa. Hungria chega a afirmar que se o crime antecedente se apresenta, por exemplo, como ameaça ou vias de fato, o resultado morte só poderia

¹³ Por exemplo: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 839.

ser imputado como homicídio culposo. Um dos exemplos utilizado pelo autor para defender a sua tese é bastante significativo, pois descreve a situação da vítima que, ameaçada por uma bengala em riste, acaba recuando e bate fatalmente a cabeça na queda em uma pedra¹⁴.

Apesar do autor falar expressamente da impossibilidade da tentativa em relação ao tipo penal discutido, o exemplo anteriormente citado deixa claro os fundamentos dessa impossibilidade. Ameaçar bater em alguém com um objeto que já está levantado – indicando um ato lesivo à integridade física de outrem – é um ato executório típico do artigo 129 do Código Penal brasileiro, restando impunível a ameaça e absorvida pelo tipo penal citado, em decorrência do princípio da consunção¹⁵

O posicionamento esposado sequer cogita a possibilidade de se falar, no exemplo citado, em uma tentativa de lesão corporal seguida de morte. Há uma adoção implícita aqui da ideia de que a morte deve ser um desdobramento causal do resultado da gravidade da lesão corporal infligida – o que deixa clara a importante influência da ideia

¹⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. V, 1979, p. 364.

¹⁵ A nossa jurisprudência segue caminho semelhante, por exemplo: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 2. No caso, concluiu o Tribunal de origem pela aplicação do princípio da consunção tendo em conta que o crime de ameaça não se caracterizou como crime autônomo, mas, sim, como elemento accidental do delito de lesão corporal. Isso, porque as condutas foram realizadas num mesmo contexto, restando evidenciado que a intenção do agente não era causar temor na vítima, mas lesioná-la..(STJ - AgRg no REsp: 1667306 DF 2017/0096230-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 21/09/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2017)

de causa e efeito no processo de atribuição do resultado na doutrina brasileira.

Os autores brasileiros atuais – os já citados, por exemplo – não se afastam dessa ideia ao abordar a questão da tentativa, centrando os seus posicionamentos na inexistência da lesão corporal (resultado). Nesse caminho, chega-se a afirmar ser inimaginável a tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte¹⁶, em virtude da exigência da comprovação do nexo de causalidade.

A jurisprudência brasileira caminha no mesmo sentido. Em um caso específico, o Tribunal de Justiça do Paraná – ao abordar uma possível desclassificação do crime de lesão corporal seguida de morte para o homicídio culposo – afirmou que:

“(...) se da lesão decorre o resultado morte, a tipicidade preterdolosa persiste (...) desferiu-lhe uma pedrada, sobrevivendo, então, *a partir desse trauma* a morte da vítima. Assim, configurada sua conduta preterdolosa, satisfeita está a tipicidade penal na espécie (...)”¹⁷ (grifos nossos)

Apesar de não falar especificamente sobre a tentativa no crime, resta claro que, para se falar no crime do §3º do artigo 129 do CP, é imprescindível que a morte (culposa) derive diretamente do resultado

¹⁶ SOUZA, Luciano. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 121 a 154-B*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-parte-especial-arts-121-a-154-b/1198080860>. Acesso em: 17 de Fevereiro de 2024.

¹⁷(TJ-PR - ACR: 6334267 PR 0633426-7, Relator: Oto Luiz Sponholz, Data de Julgamento: 04/11/2010, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 553)

da lesão corporal realizada. O Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma semelhante, ao estabelecer que:

“(...) Não há a configuração do crime de lesão corporal seguida de morte se a conduta do agente *não foi a causa imediata* do resultado morte, estando ausente o necessário nexo de causalidade. (...)”¹⁸ (grifos nossos)

Nesse sentido, há uma convergência pacífica da doutrina e jurisprudência pátria – em virtude da exigência do desdobramento causal que deve existir entre a consumada lesão corporal e a morte da vítima – no sentido de se negar a existência da figura da lesão corporal seguida de morte tentada. Por outro lado, como se verá no tópico a seguir, a discussão travada em solo alemão segue um caminho diverso

3. Os crimes qualificados pelo resultado e a limitação teleológica do tipo: um exame a partir de casos em concreto da jurisprudência alemã.

O debate sobre os crimes qualificados pelo resultado foi – e ainda é – objeto de uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial na Alemanha. Os casos decididos, principalmente, pelo BGH foram esmiuçados e estudados ao longo dos anos e geraram uma profícua doutrina sobre o assunto, todavia, ainda com muitas questões abertas, sem a clareza necessária

¹⁸ (STJ - AgRg no REsp: 1094758 RS 2008/0209100-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 01/03/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2012)

e com várias divergências e contradições – inclusive, segundo a doutrina^{19 20}, nas próprias decisões jurisprudenciais emanadas.

Toma-se como ponto de partida, a criação pelo BGH do critério do nexo imediato (*der unmittelbare Zusammenhang*), que foi criado e desenvolvido a partir do *Rötzel-Fall*²¹. O processo narra que o acusado(homem) atacou violentamente a vítima(mulher), causando algumas lesões corporais, inclusive quebrando o seu nariz. Face a continuidade das agressões, tentou a amedrontada vítima fugir pela janela do seu quarto. A tentativa foi malsucedida e a vítima acabou caindo e morrendo exclusivamente em decorrência das lesões infligidas pela queda.

A questão aqui gira em torno da tipificação penal aplicável, ou seja, o autor deve responder pela lesão corporal seguida de morte ou ser punido pelo crime de lesão corporal leve em concurso com o homicídio culposo. É importante ressaltar que, em solo alemão, a pena aplicada para o crime qualificado pelo resultado pode superar em vários anos o máximo de pena que seria previsto para o caso de concurso material de crimes – especialmente a legislação vigente à época dos fatos.

Assim, se fazia imprescindível a criação de um critério (de)limitador desses crimes. Nesse caminho, o BGH, no caso referenciado, decidiu pelo concurso de crimes²², sob o argumento que o resultado de uma interpretação típica levando em consideração o

¹⁹FERSCHL, Christine. Das Problem des Unmittelbaren Zusammenhangs beim Erfolgsqualifizierten Delikt. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag Der Wissenschaften, 1999.

²⁰PUPPE, Ingeborg. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.06.1982, in: NSStZ 1983, 22 - 24.

²¹BGH NJW 1971, 152

²²BGH NJW 1971, 153

sentido e a finalidade do tipo penal em comento é a imprescindibilidade de uma estreita relação entre a ação de lesão corporal e o resultado morte, ou seja, que a morte decorra diretamente (de forma imediata) de uma ação tipicamente caracterizada como lesão corporal.

Surge assim o critério “der unmittelbare Zusammenhang”. Todavia, com ele surgem algumas dúvidas e questionamentos. O principal ponto que merece ser destacado – tendo em vista o recorte metodológico proposto pelo presente trabalho – é a discussão se o resultado morte derivaria do perigo em face do resultado do delito principal – posição denominada pela doutrina alemã como *Letalitätstheorie* - ou se seria suficiente que o perigo resultasse já da ação de lesionar a integridade da vítima.

Grande parte da doutrina alemã adotou a teoria da letalidade, contrapondo-se à visão do BGH. Para Küpper²³, essa doutrina teria uma derivação histórica determinada, pois a expressão " direta" - ou "imediata" - baseava-se na tradicional doutrina que entendia uma utilização que por si causasse a morte do agente o que corresponderia a uma interpretação da palavra "direta"(imediata), ou seja, a morte aconteceria sem mais nenhuma circunstância adicional.

Em sentido semelhante, Hirsch²⁴ defende que o cerne da teoria da letalidade valeria para todos os crimes qualificados pelo resultado, uma vez que a essência desses delitos não está na realização da ação

²³ KÜPPER, Georg. Unmittelbarkeit und Letalität: Zum Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge. IN: WEIGEND, Thomas(org.) et al. Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 1999, p. 619

²⁴ HIRSCH, Hans Joachim. Der “unmittelbare” Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt. IN: HERZBERG, Rolf Dietrich. *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG, 1985, p. 129-131.

principal, e sim no resultado decorrente do risco gerado pelo delito principal.

Por outro lado, o BGH tomou um caminho diferente no julgamento de vários casos concretos²⁵. De todas essas decisões é possível se extrair que o nexu imediato (“der unmittelbare Zusammenhang”) é construído a partir da conduta do delito principal²⁶, ou seja, haveria um nexu imediato quando a morte derivou diretamente de um risco contido na ação de, por exemplo, lesionar a integridade corporal da vítima.

Esse posicionamento, como já afirmado, está bem delineado em várias decisões, como, por exemplo, no caso que ficou conhecido como *Pistolenschlag-Fall*²⁷. No caso em concreto, o acusado, policial em serviço no momento do fato, depois de ser perseguido e insultado pela vítima, acaba puxando o revólver e bate duas vezes na sua cabeça, que, ao cair no chão, fica com a cabeça para baixo no asfalto. Nesse momento, o policial se agacha e desfere um novo golpe, contudo, diferentemente dos anteriores, a arma acaba disparando - pois o dedo indicador do acusado estava o tempo todo no gatilho - e, consequentemente, ocorre a morte da vítima.

Constatou-se no processo que o acusado não desejava atirar, ele só almejava bater com o revólver na cabeça. O acusado foi condenado por lesão corporal seguida de morte, porém, inconformado com a condenação, recorreu a instância superior alegando que só poderia ser condenado pelo delito em comento caso fosse comprovado que o golpe aplicado pelo acusado causou diretamente a morte do agente, pois

²⁵ BGHSt. 14, 110 - 113 = NJW 1960, 683 - 684 / BGHSt. 31, 96 - 101 = NJW 1982, 2831 - 2832 / NStZ 1997, 341.

²⁶ WOLTER, Jürgen. *Der “unmittelbare” Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, GA, vol. 131, 1984, p.444

²⁷ BGHSt. 14, 110 - 113

ficou em aberto se o acionamento do gatilho foi causado pelo golpe em si ou se poderíamos atribuir o disparo ao movimento involuntário de contração da mão em virtude do golpe. Como isso não restou comprovado, não se poderia responsabilizá-lo pela morte.

O recurso do acusado não prosperou. O BGH²⁸ justifica a manutenção da condenação pelo crime qualificado pelo resultado afirmando que o tipo de lesão corporal seguida de morte não abrange unicamente os resultados que o autor diretamente provocou ou desejou provocar, mas refere-se, em primeiro lugar, aos resultados criados pela ação lesiva à integridade corporal da vítima, o que se aplicaria ao caso, tendo em vista que o agente utilizou o revólver para bater na vítima. A ação de lesão corporal que conduz a morte da vítima é suficiente para responsabilizar criminalmente o acusado pelo delito qualificado pelo resultado.

Com esse posicionamento firmado, pode-se asseverar que os crimes qualificados pelo resultado estão inseridos na discussão levada a cabo pela teoria da imputação objetiva²⁹ – nos moldes criados por Roxin e, posteriormente, desenvolvida por diversos autores – mormente no âmbito da criação de um risco juridicamente desaprovado.

É verdade que falta clareza, conforme a crítica de Puppe³⁰, sobre a relação que deve existir entre os fatores de risco - nesse ponto, careceria também de uma maior precisão na definição dos fatores

²⁸ BGHSt. 14, 112-113

²⁹ De forma semelhante, porém com ressalvas em virtude do autor preocupar-se especialmente com o critério da finalidade de proteção da norma: RENGIER, Rudolf. *Erfolgsqualifizierte Delikte um verwandte Erscheinungsformen*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1986, p.147-148.

³⁰ PUPPE, Ingeborg. *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.06.1982*, in: NStZ 1983, 22 - 24.

arriscados aptos e inaptos que efetivamente causaram ou não a morte do agente - e o resultado morte, para que se possa afirmar que aqueles se manifestaram no resultado.

Mesmo com as falhas, o caminho seguido pela jurisprudência alemã pode ser traçado a partir das diretrizes elencadas pela teoria da imputação objetiva. O âmbito da criação de um risco juridicamente desaprovado é o principal suporte teórico para explicar, fundamentar e agrupar as decisões sobre os crimes qualificados pelo resultado³¹ - apesar da importância do fim de proteção da norma e as especificidades típicas do crime previstas na parte especial do Código Penal.

4. Conclusão: a possibilidade da figura da tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte

A figura da tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte não é nova, e já foi aplicada em um caso julgado pelo BGH em 2002³², conhecido como *Gubener Verfolgungsjagd*.

O caso ocorreu - de forma resumida - da seguinte maneira: após uma confusão em uma discoteca, a vítima já na volta para casa é surpreendida pelos acusados, que descem do carro e imediatamente vão ao seu encalço, com a clara intenção de lesar a sua integridade física. É nesse instante que começa uma perseguição frenética pelas ruas da cidade. Conforme é relatado, por toda a situação envolvida,

³¹FERSCHL, Christine. Das Problem des Unmittelbaren Zusammenhangs beim Erfolgsqualifizierten Delikt. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag Der Wissenschaften, 1999, p. 123.

³²BGHSt, 48, 34. Na doutrina, há comentários e artigos que buscam examinar o referido caso. Cf. KÜHL, Kristian. *Erfolgsqualifizierter Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge - "Gubener Verfolgungsjagd"*, vol.58, n. 12, 2003, p. 635-640

caso os acusados conseguissem alcançar a vítima, esta sofreria uma intensa e massiva agressão. Em um dado momento da “caçada”, a vítima tenta adentrar em uma casa residencial, porém, sem sucesso, tendo em vista que a porta estava fechada. Tomado pelo medo de morrer, a vítima acaba entrando na casa pela parte inferior da porta, feita com uma placa de vidro. Ao realizar a ação, a vítima acaba tendo a sua perna direita cortada por um vidro que ainda permanecia na moldura da porta. O corte foi profundo e a vítima sangrou até a morte. A principal questão discutida – até mesmo porque se constatou que os acusados tinham iniciado o ato executório típico de uma lesão corporal, porém não houve a consumação – pelo BGH era sobre a possibilidade de condenar os acusados pelo crime de lesão corporal seguida de morte na modalidade tentada. O Tribunal Federal alemão acabou seguindo esse caminho e condenou os acusados pelo referido crime.

A argumentação seguiu a orientação jurisprudencial firmada e no tópico anterior tratada, quer dizer, para se afirmar o crime qualificado pelo resultado é necessário que o risco à vida derivado da ação de lesionar – e não do resultado da lesão – se materialize no resultado morte³³, o que efetivamente aconteceu no caso em concreto.

A decisão tomada pelo BGH ganha sentido quando se pensa, como dito, sob o prisma da teoria da imputação objetiva e a ideia da criação de um risco juridicamente desaprovado, que deve estar conectada à ação que origina o risco da ocorrência do resultado. Nesse sentido, conforme Frisch, é preciso compreender – diferentemente da relação de causa e efeito – que o risco não é um objeto empiricamente mensurável³⁴, e sim um conceito moldado para um processo de imputação.

³³ Por exemplo: NStZ 1997, 341.

³⁴ FRISCH, Wolfgang. *Objektive Zurechnung des Erfolgs*, Juristische Schulung, n.1, 2011, p. 19-23.

Em solo brasileiro, por outro lado, não há na doutrina e jurisprudência uma discussão semelhante, tendo em vista que a influência da relação de causalidade – como visto – ainda é bastante presente no pensamento e posicionamento pátrio.

Nessa conjuntura, sob o domínio ofuscante da ideia de causa e efeito, é compreensível que o debate sobre a tentativa no crime de lesão corporal seguida de morte tenha ficado na penumbra. Sob a ótica da imputação objetiva e a teoria do risco, desvela-se que o resultado não deve ser imputado a partir do exame de causas empíricas, e sim precisa aparecer – ser atribuído – como obra (decisão) do autor.

5. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. II, 2010.

FERSCHL, Christine. *Das Problem des Unmittelbaren Zusammenhangs beim Erfolgsqualifizierten Delikt*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag Der Wissenschaften, 1999.

FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988.

FRISCH, Wolfgang. *Objektive Zurechnung des Erfolgs*, Juristische Schulung, n.1, 2011, p. 19.

HIRSCH, Hans Joachim. Der “unmittelbare” Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt. IN: HERZBERG, Rolf Dietrich. *Festschrift für Dietrich Oehler*

zum 70.Geburtstag. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG, 1985, p. 111-1134.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. V, 1979.

KÜHL, Kristian. *Erfolgsqualifizierter Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge – “Gubener Verfolgungsjagd”*, vol.58, n. 12, 2003, p. 635-640.

KÜPPER, Georg. Unmittelbarkeit und Letalität: Zum Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge. IN: WEIGEND, Thomas(org.) et al. *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 1999, p. 615-630.

MELIÁ, Manuel Cancio. Viktimologischer Ansatz vs. Selbstverantwortungsgrundsatz (zugleich: Allgemeiner Teil vs. Besonderer Teil)? In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE, Tatjana; GRECO, Luís (orgs). *Festschrift für BERND SCHÜNEMANN zum 70. Geburtstag*. Berlin;Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2014, p. 313-324.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Berlin und München: Verlag von Duncker & Humblot, 1949.

PUPPE, Ingeborg. *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.06.1982*, in: NStZ 1983, 22 - 24.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RENGIER, Rudolf. *Erfolgsqualifizierte Delikte um verwandte Erscheinungsformen*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1986

ROXIN, Claus. Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. In: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1970, p. 133-150.

SOUZA, Luciano. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 121 a 154-B*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-parte-especial-arts-121-a-154-b/1198080860>. Acesso em: 17 de Fevereiro de 2024.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

WOLTER, Jürgen. *Der “unmittelbare” Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, GA, vol. 131, 1984, p. 443 – 451.