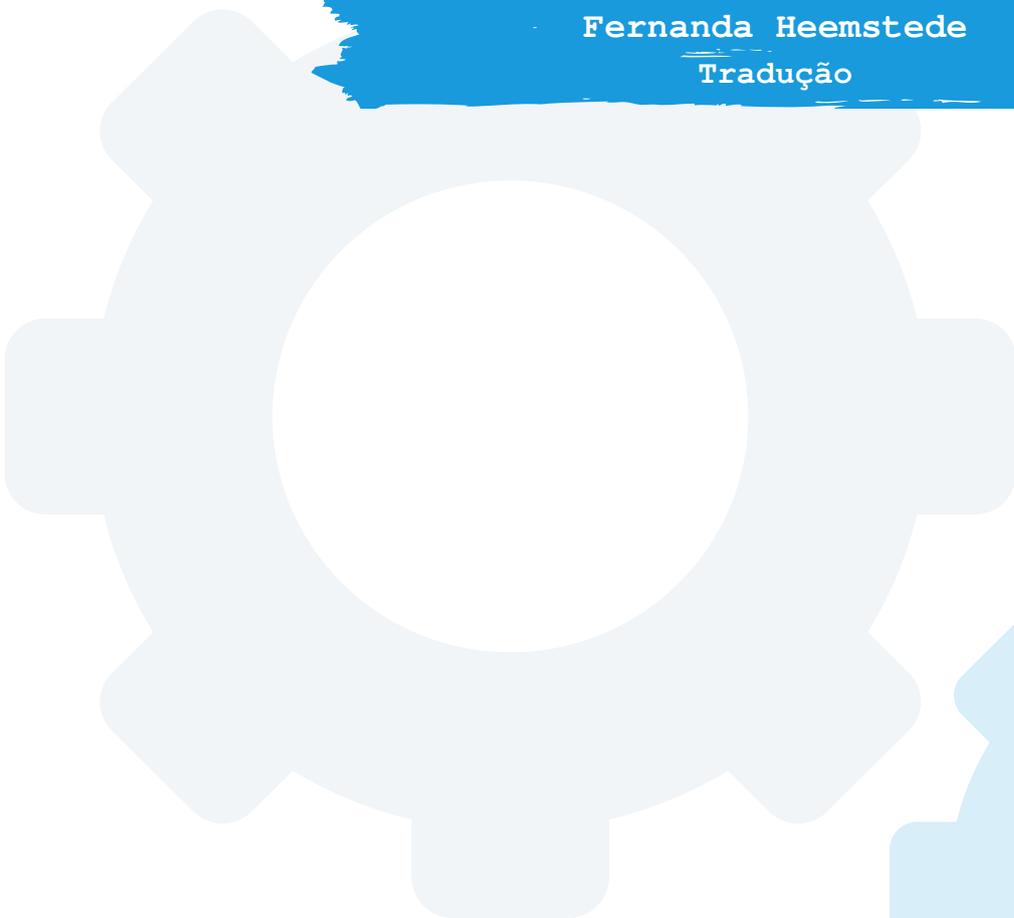


 FGV DIREITO SP

GUTA!

O CASO DA MORTE TARDIA

Heloisa Estellita
Fernanda Heemstede
Tradução



G.DPEE



"O direito é uma ciência prática, que se propõe a resolver problemas da vida em sociedade de forma correta, e não apenas a calar os envolvidos com um ato de força. Uma teoria jurídica não é um rótulo, uma expressão ('domínio do fato'), que abrevia um enunciado abstrato ('autor do crime é quem tem o domínio do fato') e está vinculada ao nome ou à autoridade de determinado autor ('ROXIN'), e sim uma tentativa de dar uma resposta correta a problemas concretos com que se verão confrontados os aplicadores do direito em seu dia-a-dia. Como disse em outra oportunidade, a prática não é uma consequência da teoria, mas seu começo e sua conclusão. Isso significa que o significado e o alcance de uma teoria só podem ser compreendidos uma vez que se esteja em condições de correlacionar a teoria a uma gama de problemas concretos. Essa capacidade tem, como qualquer outra, de ser treinada. O estudo abstrato das teorias tem de ser, assim, complementado pela aplicação dessas teorias a casos concretos – da mesma maneira que a leitura de livro de idioma não capacita ninguém a falar a língua" (GRECO, ESTELLITA, LEITE, A prática da teoria do delito, inédito).

O Gutachtenstil — carinhosamente apelidado de “Guta” — é um método de resolução de casos, largamente praticado, desde tempos remotos, na tradição alemã. Ele permite que o jurista consiga enxergar a teoria como um instrumento para a solução dos conflitos concretos, adquirindo sólida base para posterior crítica e até mesmo elaboração de novas soluções.

O método foi inserido nos cursos da FGV DIREITO SP em 2015, pela Profa. Dra. Heloisa Estellita em parceria com a Cátedra do Prof. Dr. Luís Greco, da Universidade Humboldt de Berlin. Além do ensino regular com o uso do método em todos os cursos ministrados pelos professores do grupo, foram realizados dois cursos intensivos na Escola, um com o Prof. Dr. Luís Greco (2015) e outro com o Dr. Alaor Leite (2019).

O texto a seguir é um produto do uso do método na FGV DIREITO SP.

O CASO DA MORTE TARDIA¹

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.

Analise a punibilidade de T.

A. Introdução

Ao tipo objetivo de injusto, como ponto de referência do dolo, pertence também o nexo 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). Remanesce, então, a possibilidade de um homicídio 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.

B. Sumário de análise (*Gliederung*)

Punibilidade de T

I. Homicídio doloso (§ 212 I StGB)

1. Tipo objetivo

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

¹ Tradução livre de trecho do livro HEMMER/WÜST, *Die 34 Fälle wichtigsten zum Strafrecht AT*, 8. Auflage, April 2013, p. 23-28, feita por HELOISA ESTELLITA e FERNANDA T. V. HEEMSTEDÉ (FGV DIREITO SP – GEPDPE).

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 culposo, §53 StGB

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

3. Ilicitude

4. Culpabilidade

5. Resultado: §212 I StGB (+)

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

III. Concurso

IV. Conclusão

C. Resolução

Punibilidade de T

I. Homicídio, §212 I StGB

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 *condition 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, Art. 103 II GG).

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, 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 nexa 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. *Ilicitude*

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 (art. 121, *caput*, CPB).

II. Homicídio qualificado, §§212 I, 211 I, II StGB

Questionável é se T, por meio de seu comportamento, é punível por homicídio qualificado.

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*) como tipo penal independente em relação ao homicídio simples (*Todschlag*), com características penais e valores de violação ilícita independentes.

Considera-se aqui a característica de ganância² (§211 II, 1. Grupo 3. Variante StGB) do homicídio qualificado (*Mord*). 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.

III. Concurso

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

² *Habgier*.

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

IV. Conclusão

T é punível pela prática de homicídio doloso qualificado consumado em conformidade com o artigo 121, § 2º, I, do CPB.

D. 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.

E. Para aprofundamento

[indicação de dois livros de resolução de casos e precedentes do BGH]