

ISBN 978-85-02-04194-3 obra completa
ISBN 978-85-02-18891-4 volume 2

Bitencourt, Cezar Roberto

Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa / Cezar Roberto Bitencourt. — 13. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.653, 12.720 e 12.737, de 2012 — São Paulo : Saraiva, 2013.

Bibliografia.

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil
I. Título.

CDU-343(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito penal 343(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editora Thaís de Camargo Rodrigues
Assistente editorial Aline Darcy Flôr de Souza
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia
Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan
Liana Ganiko Brito
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas
Claudirene de Moura Santos Silva
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati
Amélia Kassis Ward
Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro
Vinicius Asevedo Vieira
Capa Ricardo Gomes Barbosa
Produção

270, Cerqueira César — São Paulo — SP

19:30
a.com.br
om.br

RAIMA/ACRE
x: (92) 3633-4782 — Manaus

381-5895
vador

2-57 — Centro
Fax: (14) 3234-7401 — Bauru

— Jacarecanga
3238-1384
Fortaleza

0 — Setor de Indústria e Abastecimento
/ 3344-2951
Brasília

— Setor Aeroporto
/ 3212-2806
— Goiânia
L/MATO GROSSO
— Centro
2 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

9 — Lagoinha
0 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

6 — Batista Campos
34 / 3224-9038
9 — Belém

ARINA
rindo, 2895 — Prado Velho
32-4894 — Curitiba

RAIRA /

crime que se deseja "assegurar", ou mesmo que o agente desse crime desista ou se arrependa de praticá-lo.

Concluindo, os *meios, modos e fins* que qualificam o homicídio referem-se à exacerbação da natureza ilícita da conduta, integrando a própria figura típica, razão pela qual devem ser abrangidos pelo dolo, podendo, conseqüentemente, ser excluídos pela ocorrência de erro. Assim, por exemplo, a vítima morre por *asfixia*, que não foi querida, nem mesmo eventualmente, pelo sujeito ativo, mas resultou de erro na execução; não se qualificará o homicídio. O agente deve ter, por exemplo, consciência de que age à traição, de emboscada ou com surpresa para a vítima.

A *premeditação*, por fim, não qualifica o crime. A preordenação criminosa nem sempre será causa de exasperação de pena em razão da maior censurabilidade da conduta. Poderá, muitas vezes, significar relutância, resistência à prática criminosa, em vez de revelar intensidade de dolo. O art. 59 será a sede adequada para avaliar a natureza dessa circunstância.

13. Homicídio culposo

As legislações modernas adotam o princípio da *excepcionalidade do crime culposo*, isto é, a regra é a de que as infrações penais sejam imputadas a título de dolo, e só *excepcionalmente* a título de culpa e, nesse caso, quando expressamente prevista a modalidade culposa da figura delituosa (art. 18, parágrafo único). Com a simples análise da norma penal incriminadora constata-se esse fenômeno: quando o Código admite a modalidade culposa, há referência expressa à figura culposa; quando não a admite, silencia a respeito da culpa. Por isso, quando o sujeito pratica o fato culposamente e a figura típica não admite a forma culposa, não há crime.

O art. 121, § 3º, do Código Penal dispõe, laconicamente: "Se o homicídio é culposo". A neutralidade e a laconicidade dessa previsão exigem que sua interpretação seja complementada pelo disposto no art. 18, II, do mesmo diploma legal, que prescreve: "Diz-se o crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia". Ao estabelecer as modalidades de culpa, o legislador brasileiro esmerou-se em preciosismos técnicos, que apresentam pouco ou quase nenhum resultado prático. Tanto na *imprudência* quanto na *negligência* há a inobservância de cuidados recomendados pela experiência comum no exercício dinâmico do cotidiano humano. E a *imperícia*, por sua vez, não deixa de ser somente uma *forma especial* de imprudência ou de negligência; enfim, embora não sejam mais que simples e sutis distinções de uma conduta substancialmente idêntica, ou seja, omissão, descuido, falta de cautela, inaptidão, desatenção, como o Código Penal não as definiu, a doutrina deve encarregar-se de fazê-lo.

a) *Imprudência*

Imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa, e tem caráter comissivo. É a imprevisão ativa (*culpa in faciendo* ou *in committendo*). Conduta

imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação. Imprudente é, por exemplo, o motorista que, embriagado, viaja dirigindo seu veículo automotor, com visível diminuição de seus reflexos e acentuada liberação de seus freios inibitórios. Como destaca Muñoz Conde⁶³, "A imprudência no homicídio, como nos demais crimes, constitui o limite mínimo para a imputação do resultado delitivo". Essa advertência aplica-se igualmente às hipóteses de negligência e imperícia.

b) Negligência

Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (*culpa in ommittendo*). É não fazer o que deveria ser feito. Negligente será, por exemplo, o motorista de ônibus que trafegar com as portas do coletivo abertas, causando a queda e morte de um passageiro.

Em outros termos, a negligência não é um fato psicológico, mas sim um *juízo de apreciação*, exclusivamente: a comprovação que se faz de que o agente tinha possibilidade de prever as consequências de sua ação (previsibilidade objetiva). Enfim, o autor de um crime cometido por negligência não pensa na possibilidade do resultado. Este fica fora do seu pensamento.

c) Imperícia

Imperícia é a falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício. Não se confunde com erro profissional: este é um acidente escusável, justificável e, de regra, imprevisível, que não depende do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência. Esse tipo de *acidente* não decorre da má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência. Deve-se à *imperfeição e precariedade* dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisível e transpondo os limites da prudência e atenção humanas. Não há um direito ao erro. No entanto, embora o médico não tenha *carta branca*, não pode, ao mesmo tempo, ficar limitado por dogmas inalteráveis. Tendo agido racionalmente, segundo os preceitos fundamentais da *lexis artis*, ou deles se afastado, tendo-o feito por motivos justificáveis, não terá de prestar contas à Justiça Penal por eventual resultado fatídico.

A inabilidade para o desempenho de determinada atividade fora do campo profissional ou técnico tem sido considerada modalidade de culpa imprudente ou negligente, conforme o caso.

Mas a *culpa* pode receber ainda uma outra classificação — *consciente e inconsciente* —, muito mais importante que aquela definição contida no art. 18, II, na

63. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal*; Parte Especial, 12. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 38.

medid
produ
O
para o
in con
ticame
prevê-l
sorte, s
muitas
execuçã
e, conse
frequen
um even
cuidou d
mas cred
a maior
a pena, d
que, trac
a) C
Há d
deixando
confia co
o resulta
conscient
na análise
do resulta
vez que, n
ca da lesã
proibição
dever obje
Na cu
duta é mai
b) Cul
A açã
ciente, culp
supervenien
64. José Cer
65. Juarez
66. A

medida em que envolve o grau de subjetividade da previsibilidade do resultado produzido pela conduta descuidada.

O Código Penal brasileiro não distingue *culpa consciente* e *culpa inconsciente* para o fim de dar-lhes tratamento diverso. Afora a dificuldade prática de comprovar, *in concreto*, na maioria dos casos, qual das duas espécies ocorreu, destaca-se a praticamente inexistente de diferença entre não prever um resultado antijurídico e prevê-lo, mas confiar, levemente, na sua não ocorrência, se este, de qualquer sorte, se verificar. Na verdade, tem-se questionado se a *culpa consciente* não seria, muitas vezes, indício de *menor insensibilidade ético-social*, de maior atenção na execução de atividades perigosas, pois na *culpa inconsciente* o descuido é muito maior e, conseqüentemente, mais perigoso, uma vez que a exposição a risco poderá ser mais frequente, na medida em que o agente nem percebe a possibilidade de ocorrência de um evento danoso. Nesse sentido, afirmava Köller, "mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si, em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria a tempo"⁶⁴. Por isso, a maior ou menor gravidade da culpa deve ser deixada à apreciação do juiz ao dosar a pena, diante de cada caso concreto. No entanto, mesmo assim, vejamos as definições que, tradicionalmente, se dão à culpa consciente e à culpa inconsciente.

a) *Culpa consciente*

Há *culpa consciente*, também chamada *culpa com previsão*, quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado, mas confia convictamente em que ele não ocorra. Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente, e não de dolo eventual. No entanto, como bem destaca Juarez Tavares na análise desta espécie de culpa, deve-se agir com cautela, pois a *simples previsão do resultado* não significa, por si só, que o agente age com *culpa consciente*, uma vez que, mais que a *previsão*, o que a caracteriza efetivamente é a *consciência* acerca da lesão ao dever de cuidado⁶⁵. Logo, nada impede que possa ocorrer *erro de proibição* quando o agente se equivocar a respeito da existência ou dos limites do dever objetivo de cuidado.

Na culpa consciente, segundo a doutrina dominante, a *censurabilidade* da conduta é maior do que na culpa inconsciente, pois esta é produto de mera desatenção.

b) *Culpa inconsciente*

A ação sem previsão do resultado possível constitui a chamada culpa inconsciente, *culpa ex ignorantia*. No dizer de Hungria, "previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum"⁶⁶.

64. José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*; Parte General, p. 279.

65. Juarez Tavares, *Direito Penal da negligência*, p. 172.

66. Nelson Hungria, *Comentários*, v. 2, p. 188.

A previsibilidade do resultado é o elemento identificador das duas espécies de culpa. A *imprevisibilidade* desloca o resultado para o caso fortuito ou força maior. Na culpa inconsciente, no entanto, apesar da presença da *previsibilidade*, não há a *previsão* por descuido, desatenção ou simples desinteresse. A culpa inconsciente caracteriza-se pela ausência absoluta de nexos psicológico entre o autor e o resultado de sua ação.

13.1 Estrutura típica do crime culposo

A estrutura do *tipo culposo* é diferente da do *tipo doloso*: neste, é punida a conduta dirigida a um *fim ilícito*, enquanto no *injusto culposo* pune-se a *conduta mal dirigida*, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O *núcleo do tipo de injusto* nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.

A *direção finalista* da ação, nos crimes culposos, não corresponde à diligência devida, havendo uma contradição essencial entre o *querido* e o *realizado* pelo agente. Como afirma Cerezo Mir, “o fim perseguido pelo autor é geralmente irrelevante, mas não os meios escolhidos, ou a forma de sua utilização”⁶⁷. O agente que conduz um veículo e causa, de forma não dolosa, a morte de um pedestre *realiza uma ação finalista*: conduzir o veículo. O *fim da ação* — ir a um lugar determinado — é jurídico-penalmente irrelevante. O *meio* escolhido, o veículo, neste caso, também o é. No entanto, será jurídico-penalmente relevante a *forma* de utilização do meio se o agente, por exemplo, conduzir a uma velocidade excessiva.

A *tipicidade* do crime culposo decorre da realização de uma *conduta não diligente* causadora de uma lesão ou de perigo a um bem jurídico-penalmente protegido. Contudo, a falta do cuidado objetivo devido, configurador da imprudência, negligência ou imperícia, é de natureza objetiva. Em outros termos, no plano da tipicidade, trata-se, apenas, de analisar se o agente agiu com o cuidado necessário e normalmente exigível. No entanto, o emprego adequado da diligência necessária deve ser aferido nas condições concretas existentes no momento do fato, além da necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico.

A indagação sobre se o agente tinha *as condições*, isto é, se *podia*, no caso concreto, ter adotado as cautelas devidas, somente deverá ser analisada no plano da culpabilidade. Por outro lado, nada impede que uma conduta seja *tipicamente culposa* e, no entanto, não seja antijurídica. Pode o agente realizar uma *conduta culposa típica*, mas encontrar-se ao abrigo de uma *excludente de antijuridicidade*. Por exemplo, o corpo de bombeiros, chamado com urgência para apagar um grande incêndio em uma refinaria, atinge, involuntariamente, no percurso, e sem tê-lo

67. José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, p. 279.

previsto,
necessida

A cu
nos crime
de de con
pessoais
era exigiu
lidade. A
dente de
realiza un
apresenta
inexigível
que, invo

Assim
ação efeti
inobservã
subjativa
Welzel, af
tipicidade
um eleme
realiza efe
com referê
esse juízo

Nada
culposos,
cuidado. A
reito de pr
rístico da c

O tipo
te do injust
normativa
delito culp
aberta: o d
nece, no c
formado p

68. Fabio Ro
(obra coletiv
69. Welzel, C
70. Welzel, I
71. Juarez T
Junior, Teori

previsto, um pedestre, matando-o. A evidência que se encontrava em estado de necessidade (*observados, claro, seus requisitos*)⁶⁸.

A *culpabilidade* nos crimes culposos tem a mesma estrutura da culpabilidade nos crimes dolosos: *imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de comportamento conforme ao Direito*. O questionamento sobre as condições pessoais do agente, para constatar se *podia agir* com a diligência necessária e se lhe era *exigível*, nas circunstâncias concretas, tal conduta, é objeto do *juízo de culpabilidade*. A *inexigibilidade* de outra conduta é perfeitamente admissível, como excludente de culpabilidade, nos crimes culposos. Quando um indivíduo, por exemplo, realiza uma conduta sem observar os cuidados devidos, quando, no caso concreto, apresentava-se impraticável ou de difícil observância, ou, em outros termos, era *inexigível* outra conduta, não pode ser *censurável* por eventual resultado danoso que, involuntariamente, produzir.

Assim como a *tipicidade* do crime culposo se define pela divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia ter sido realizada, e a *antijuridicidade* pela inobservância do cuidado objetivo devido, a *culpabilidade* tem a *previsibilidade subjetiva* como um de seus pressupostos. Nesse sentido manifestava-se o próprio Welzel, afirmando que, enquanto a chamada previsibilidade *objetiva* constitui a tipicidade e antijuridicidade da ação, a chamada previsibilidade *subjetiva* constitui um elemento da *reprovabilidade* da ação típica e antijurídica. Quando o agente realiza efetivamente o *juízo de causalidade adequada* ao empreender a ação, age, com referência ao resultado possível, com *culpa consciente*, e, se ele podia realizar esse juízo sem tê-lo efetivamente realizado, age com *culpa inconsciente*⁶⁹.

Nada impede, por outro lado, que possa ocorrer *erro de proibição* nos crimes culposos, quando, por exemplo, o erro incidir sobre os *limites* do dever objetivo de cuidado. Aliás, não é nada incomum a dúvida, no tráfego de veículos, sobre o direito de prioridade ou a obrigação de esperar. De qualquer sorte, elemento característico da conduta punível, seja dolosa ou culposa, é a *reprovabilidade*.

O *tipo culposo*, como já referimos, tem uma estrutura completamente diferente do injusto doloso, não contendo o chamado *tipo subjetivo*, em razão da natureza normativa da culpa⁷⁰. Seguindo essa orientação, Juarez Tavares sustenta que “o delito culposo contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta: o *desatendimento ao cuidado objetivo exigível ao autor*”⁷¹. Não se desconhece, no entanto, a existência de certo *componente subjetivo* no crime culposo, formado pela *relação volitiva final*, e de um *componente objetivo*, expresso na

68. Fabio Roberto D’Avila, Lineamentos estruturais do crime culposo, in *Crime e sociedade* (obra coletiva), Curitiba, Ed. Juruá, 1999.

69. Welzel, Culpa e delitos de circulação, p. 38.

70. Welzel, *Derecho Penal alemán*, p. 187.

71. Juarez Tavares, *Direito Penal da negligência*, p. 134. No mesmo sentido Heitor da Costa Junior, *Teoria dos delitos culposos*, p. 69.

causalidade. Mas, como a *relevância da ação* é aferida por meio de um juízo comparativo entre a conduta realizada e aquela que era imposta pelo dever objetivo de cuidado, não tem sentido a divisão do tipo penal em objetivo e subjetivo, sendo irrelevante a relação volitiva final para a realidade normativa.

O tipo de injusto culposo apresenta os seguintes elementos constitutivos: *inobservância do cuidado objetivo devido; produção de um resultado e nexos causal; previsibilidade objetiva do resultado; conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado*. Cada um desses elementos foi detidamente examinado em nosso *Manual de Direito Penal; Parte Geral*, para onde remetemos o leitor.

Em 1930, Engisch destacou que entre a simples conexão causal da ação e o resultado e a culpabilidade havia um terceiro elemento fundamental para configurar o crime culposo: *o dever objetivo de cuidado*⁷².

O *essencial* no tipo de injusto culposo não é a simples *causação do resultado*, mas sim a *forma* com que a ação causadora se realiza. Por isso, a *observância do dever objetivo de cuidado*, isto é, a diligência devida, constitui o elemento fundamental do tipo de injusto culposo, cuja análise constitui uma questão preliminar no exame da culpa. Na dúvida, impõe-se o dever de abster-se da realização da conduta, pois quem se arrisca, nessa hipótese, age com *imprudência*, e, sobrevindo um resultado típico, torna-se autor de um crime culposo.

A *inobservância do cuidado objetivamente devido* resulta da comparação da *direção finalista real* com a *direção finalista exigida* para evitar as lesões dos bens jurídicos. A infração desse dever de cuidado representa o injusto típico dos crimes culposos. No entanto, é indispensável investigar o que teria sido, *in concreto*, para o agente, o dever de cuidado. E, como segunda indagação, deve-se questionar se a ação do agente correspondeu a esse comportamento "adequado". Somente nesta segunda hipótese, quando negativa, surge a *reprovabilidade da conduta*. A análise dessas questões deve ser extremamente criteriosa, na medida em que uma ação meramente arriscada ou perigosa não implica necessariamente a violação do dever objetivo de cuidado. Com efeito, além das normas de cuidado e diligência, será necessário que o *agir descuidado* ultrapasse os limites de perigos *socialmente aceitáveis* na atividade desenvolvida. Não se ignora que determinadas atividades trazem na sua essência determinados graus de perigos. No entanto, o progresso e as necessidades quotidianas autorizam a assunção de certos riscos que são da natureza de tais atividades, como, por exemplo, médico-cirúrgica, tráfego de veículos, construção civil em arranha-céus etc. Nesses casos, somente quando faltarem a *atenção e cuidados especiais* que devem ser empregados, poder-se-á falar em *culpa*. À evidência e vigilância do agente, não apenas em razão das previsões regulamentares, mas também em razão das sugestões da experiência do dia a dia do próprio conhecimento científico.

72. Muñoz Conde, *Teoria geral do delito*, p. 70.

13.2

O
oportu
Há cri
um res
um dev
a norm
por fel
que o t

Ma

cuida

Com e

ocorre

sabida

ausênci

seu cum

limites.

pensáve

como c

observa

do a m

se sido a

A te

culposo

resultad

ficuldad

resultad

e em mu

13.3

Só in
quer o r
teoria do

A ch
a legitim
so. Com

73. Cezar

gado Ed.,

74. Heitor

75. Cerezo

13.2 Relação de causalidade no homicídio culposo

O resultado integra o próprio tipo penal do crime culposo. Como tivemos oportunidade de afirmar, “o crime culposo não tem existência real sem o resultado. Há crime culposo quando o agente não quer e nem assume o risco da produção de um resultado, previsível, mas que mesmo assim ocorre. Se houver inobservância de um dever de cuidado, mas se o resultado não sobrevier, não haverá crime”⁷³. Assim, a norma de cuidado pode ter sido violada, a conduta pode ter sido temerária, mas, por felicidade, pode não se configurar um delito culposo, por faltar-lhe o resultado, que o tipificaria.

Mas é indispensável que o *resultado* seja consequência da *inobservância do cuidado devido*, ou, em outros termos, é necessário que este seja a causa daquele. Com efeito, quando for observado o dever de cautela, e ainda assim o resultado ocorrer, não se poderá falar em crime culposo⁷⁴. Atribuir, nessa hipótese, a responsabilidade ao *agente cauteloso* constituirá autêntica *responsabilidade objetiva*, pela ausência de nexos causal. Os *limites da norma imperativa* encontram-se no poder de seu cumprimento pelo sujeito; por isso, o *dever de cuidado* não pode ir além desses limites. A *inevitabilidade* do resultado exclui a própria tipicidade. Ou seja, é indispensável que a *inobservância do cuidado devido seja a causa do resultado tipificado como crime culposo*. Por isso, não haverá crime culposo quando o agente, não observando o dever de cuidado devido, envolver-se em um evento lesivo, produzindo a morte de alguém, morte essa que não se verificaria se a diligência devida tivesse sido adotada.

A teoria da ação finalista permite uma melhor compreensão do injusto dos tipos culposos. É inegável, contudo, que um elemento essencial dos crimes culposos — o resultado produzido — fica fora da ação finalista, constituindo, assim, a maior dificuldade da *doutrina finalista* nos crimes culposos. Como destaca Cerezo Mir, “o resultado fica fora do nexo final, pois não estava incluído na vontade de realização e em muitos casos (culpa inconsciente) não havia sido sequer previsto”⁷⁵.

13.3 Culpa imprópria e erro culposo

Só *impropriamente* se pode admitir falar de *culpa* em uma conduta que *prevê e quer* o resultado produzido, sob pena de se violentar os conceitos dogmáticos da teoria do delito.

A chamada *culpa imprópria* só pode decorrer de erro, e de *erro culposo* sobre a legitimidade da ação realizada. E erro culposo não se confunde com crime culposo. Com efeito, a *culpa imprópria*, culpa por extensão ou assimilação decorre do

73. Cezar Roberto Bitencourt, *Lições de Direito Penal*, 3. ed., Porto Alegre, Livr. do Advogado Ed., 1995, p. 80.

74. Heitor da Costa Junior, *Teoria dos delitos culposos*, Rio Janeiro, Lumen Juris, 1988, p. 66.

75. Cerezo Mir, *Curso*, p. 280.

erro de tipo *evitável* nas discriminantes putativas ou do excesso nas causas de justificação. Nessas circunstâncias, o agente quer o resultado em razão de a sua vontade encontrar-se viciada por um erro que, com mais cuidado, poderia ser evitado. Quando, no entanto, o erro for *inevitável*, não há que se falar em culpa, própria ou imprópria, na medida em que a *inevitabilidade* do erro exclui, por completo, a responsabilidade penal.

Na hipótese de *erro culposo* não se está criando nenhuma culpa, própria ou imprópria, mas se está somente, como afirma Jescheck⁷⁶, adotando uma cominação do tipo imprudente. Na verdade, *antes da ação*, isto é, durante a elaboração do processo psicológico, o agente valora mal uma situação ou os meios a utilizar, incorrendo em erro, *culposamente*, pela falta de cautela nessa avaliação; já no momento subsequente, *na ação propriamente dita*, age *dolosamente*, finalisticamente, objetivando o resultado produzido, embora calcado em erro culposo.

Gallas não admitia a confusão que se fazia entre *crime culposo* e *erro culposo*. Sustentando tratar-se de crime doloso, afirmava: “quem mata uma pessoa, crendo erroneamente que seria agredido injustamente por ela, sabe que mata, mas acredita que na situação representada isso fosse lícito”⁷⁷. No mesmo sentido manifestava-se Graf Zu Dohna: “quem sabe que mata, porém crê que pode fazê-lo, mata dolosamente, e não só por culpa”⁷⁸.

13.4 Dolo eventual e culpa consciente

Os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a *previsão* do resultado proibido. Mas, enquanto no *dolo eventual* o agente anui ao advento desse resultado, *assumindo o risco* de produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na *culpa consciente*, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá.

Na hipótese de dolo eventual, a *importância negativa* da previsão do resultado é, para o agente, menos importante do que o *valor positivo* que atribui à prática da ação. Por isso, entre desistir da ação e praticá-la, mesmo correndo o risco da produção do resultado, opta pela segunda alternativa. Já na culpa consciente, o *valor negativo* do resultado possível é, para o agente, mais forte do que o *valor positivo* que atribui à prática da ação. Por isso, se estivesse convencido de que o resultado poderia ocorrer, sem dúvida desistiria da ação. Não estando convencido dessa possibilidade, calcula mal e age.

76. Jescheck, *Tratado*, p. 636, n. 34.

77. Gallas, *La struttura del concetto di illecito penale*, *Rivista de Diritto e Procedura Penale*, ano 25, 1982, p. 463.

78. Graf Zu Dohna, *La estructura*, p. 76.

Com
a qualqu
refletido

O fu
sentação
risco de
o autor n
ocorrênc
pretendic
concorda

Dua
conscien
primeira
tado, ad
como de
produçã
co prová
represen
bilidade
veria cul
probabil
produzir
elemento
ciente, q

Por
ou rejeiç
um e ou

13.5 C

Há
pação d
como cr
mento c
dos, um
chado. E
resultad
concurso
uma das

79. Paul
p. 66.

80. Wes

Como afirmava Paul Logoz, no *dolo eventual* o agente decide agir por *egoísmo*, a qualquer custo, enquanto na *culpa consciente* o faz por *leviandade*, por não ter refletido suficientemente⁷⁹.

O fundamental é que o *dolo eventual* apresente estes dois componentes: representação da possibilidade do resultado e anuência à sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo. Enfim, como sustenta Wessels⁸⁰, haverá *dolo eventual* quando o autor não se deixar dissuadir da realização do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justificar a assertiva de que, em razão do fim pretendido, ele se tenha conformado com o risco da produção do resultado ou até concordado com a sua ocorrência, em vez de renunciar à prática da ação.

Duas teorias, fundamentalmente, procuram distinguir *dolo eventual* e *culpa consciente*: *teoria da probabilidade* e *teoria da vontade* ou do consentimento. A primeira, diante da dificuldade de demonstrar o *elemento volitivo*, o querer o resultado, admite a existência do *dolo eventual* quando o agente representa o resultado como de muito provável execução e, apesar disso, atua, admitindo ou não a sua produção. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, pouco provável, haverá *culpa consciente*. Para a segunda, é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir. Haveria *culpa consciente* se, ao contrário, desistisse da ação se estivesse convencido da probabilidade do resultado. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o resultado. Como se constata, a *teoria da probabilidade* desconhece o elemento volitivo, que é fundamental na distinção entre *dolo eventual* e *culpa consciente*, que, por isso mesmo, é mais bem delimitado pela *teoria do consentimento*.

Por fim, a distinção entre *dolo eventual* e *culpa consciente* resume-se à aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. Persistindo a dúvida entre um e outra, dever-se-á concluir pela solução menos grave: pela *culpa consciente*.

13.5 Concorrência e compensação de culpas

Há *concorrência de culpas* quando dois indivíduos, um ignorando a participação do outro, concorrem, culposamente, para a produção de um fato definido como crime. Imagine-se, por exemplo, o choque de dois veículos em um cruzamento com lesões recíprocas, em que os dois condutores estejam igualmente errados, um trafegando em velocidade excessiva e o outro ultrapassando o sinal fechado. Havendo *concorrência de culpa*, os agentes respondem, isoladamente, pelo resultado produzido. De observar-se que, nessa hipótese, não se pode falar em *concurso de pessoas*, ante a *ausência do vínculo subjetivo*. Na realidade, verifica-se uma das hipóteses da chamada *autoria colateral*, em que não há adesão de um na

79. Paul Logoz, *Commentaire du Code Pénal suisse*, 2. ed., Paris, Delachaux & Niestlé, 1976, p. 66.

80. Wessels, *Direito Penal; Parte Geral*, p. 53.

conduta de outro, ignorando os agentes que contribuem reciprocamente para a realização da mesma ação.

Igualmente, não se admite *compensação de culpa* em Direito Penal. Eventual culpa da vítima não exclui a do agente; elas não se compensam. As *culpas recíprocas do ofensor e do ofendido* não se extinguem. A *teoria da equivalência dos antecedentes causais*, adotada pelo nosso Código Penal, não autoriza outro entendimento. Somente a *culpa exclusiva da vítima* exclui a daquele, para quem, nesse caso, a ocorrência do evento foi pura *infelicitas facti*. No entanto, à evidência, a contribuição da vítima deverá ser valorada na aplicação da pena-base (art. 59 — *comportamento da vítima*).

13.6 Crime preterdoloso e crime qualificado pelo resultado

Além das duas modalidades de crimes — dolosa e culposa — expressamente reguladas pelo nosso Código Penal, doutrina e jurisprudência reconhecem a existência de uma terceira, que costumam designar como *crime preterdoloso* ou crime qualificado pelo resultado, que, para Muñoz Conde, “não é mais que um subcaso de homicídio culposo”⁸¹.

Crime preterdoloso ou *preterintencional* tem recebido o significado de crime cujo resultado vai além da intenção do agente, isto é, a ação voluntária inicia dolosamente e termina culposamente, porque, a final, o resultado efetivamente produzido estava fora da abrangência do dolo. Nesse sentido, é elucidativa a afirmação de José Luis Díez Ripollés e Luis Gracia Martín, segundo os quais: “É preciso, portanto, que a conduta inicial seja uma constitutiva de lesões dolosas. Não haverá homicídio preterintencional se concorre o dolo, direto ou eventual, relativamente ao resultado morte”⁸²; e concluem: “não pode ocorrer a figura do homicídio preterintencional, sob nenhum título, quando o resultado morte seja fortuito”.

Doutrina e jurisprudência espanholas, a partir da *Reforma Parcial e Urgente do Código Penal espanhol de 1983*, passaram a entender, majoritariamente, que, na hipótese de lesão corporal seguida de morte, tipificada em nosso Código Penal (art. 129, § 3º), verifica-se concurso formal de crimes — lesões corporais (das quais nem sempre se sabe a gravidade) e homicídio culposo. A despeito das inúmeras objeções teóricas que se possa fazer a essa orientação e das incontáveis dificuldades práticas que o casuismo pode oferecer, o entendimento doutrinário-jurisprudencial dominante na vigência do atual Código Penal espanhol (Lei Orgânica n. 10/95) sustenta a validade daquele entendimento, ante a absoluta omissão do novo diploma legal, que consagra somente duas formas de imputação subjetiva: dolosa ou culposa⁸³.

81. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal*; Parte Especial, 12. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 37.

82. José Luis Díez Ripollés e Luis Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales — vida humana independiente y libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 63.

83. Muñoz Conde, *Derecho Penal*; Parte Especial, p. 43; José Luis Díez Ripollés e Luis Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 64-5.

Tem-se utilizado o crime qualificado preterdoloso, o resultado criminoso, lesa a vítima anteriormente (§ 3º) seria preterintencional c/c o art. 127, in fine, nunca se conseguiu enquanto para ma

13.6.1 Inadmissível

A tentativa é aquele crime cujo resultado não foi alcançado pelo agente. Logo, não se pode falar em tentativa se ela é impossível. Foi o caso de Nelson Hungria em homicídio preterintencional *animus occidendi*, mas o evento ‘morte’ não ocorreu.

A doutrina entende que o crime preterdoloso e crime qualificado pelo resultado, especialmente na modalidade preterintencional, o resultado criminoso, lesa a vítima anteriormente, o resultado seria preterintencional, mas o evento ‘morte’ não ocorreu.

Damásio de Jesus entende que, nestes casos, a possibilidade de ocorrência do resultado pelo dolo.

13.7 Concurso

A doutrina entende que o crime qualificado pelo resultado caracteriza-se pelo dolo, não observa o resultado.

84. Nelson Hungria, *Derecho Penal*, p. 66.

85. Welzel, *Derecho Penal*, p. 66.

Tem-se utilizado, a nosso juízo equivocadamente, as expressões *crime preterdoloso* e *crime qualificado pelo resultado* como sinônimas. No entanto, segundo a melhor corrente, especialmente na Itália, no crime *qualificado pelo resultado*, ao contrário do *preterdoloso*, o resultado ulterior, mais grave, derivado *involuntariamente* da conduta criminosa, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado. Assim, enquanto a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3º) seria preterintencional, o *aborto seguido da morte da gestante* (arts. 125 e 126, c/c o art. 127, *in fine*) seria crime qualificado pelo resultado. O raciocínio é simples: nunca se conseguirá matar alguém sem ofender sua saúde ou integridade corporal, enquanto para matar alguém não se terá necessariamente de fazê-lo abortar.

13.6.1 Inadmissibilidade de tentativa no homicídio preterintencional

A *tentativa* é inadmissível no chamado *homicídio preterintencional*, isto é, naquele crime cujo resultado preterdoloso foi maior do que o inicialmente pretendido pelo agente. Logo, como a tentativa fica aquém do resultado desejado, conclui-se ser ela impossível nos crimes preterintencionais. Em sentido semelhante manifestava-se Nélon Hungria, afirmando que “a tentativa de homicídio é o inverso do homicídio preterintencional ou *ultra voluntatem* (art. 121, § 3º): neste, não há o *animus occidendi*, mas verifica-se o evento ‘morte’; naquela, há o *animus occidendi*, mas o evento ‘morte’ não se verifica”⁸⁴.

A doutrina brasileira não estabelece com precisão a diferença entre crime *preterdoloso* e crime qualificado pelo resultado. Segundo uma corrente doutrinária, especialmente na Itália, no crime *qualificado pelo resultado*, ao contrário do *preterintencional*, o resultado ulterior, mais grave, derivado *involuntariamente* da conduta criminosa, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado. Assim, enquanto a *lesão corporal seguida de morte* seria preterintencional, o *aborto seguido de morte da gestante* seria crime qualificado pelo resultado.

Damásio de Jesus e Julio Mirabete, apesar de não fazerem clara distinção entre crimes preterintencionais e crimes qualificados pelo resultado, admitem, quanto a estes, a possibilidade da tentativa, quando o resultado final, dizem eles, for abrangido pelo dolo.

13.7 Concurso de pessoas em homicídio culposo

A doutrina alemã não admite a possibilidade de coautoria nos crimes culposos, entendendo que qualquer contribuição na causa produtora do resultado não querido caracteriza, em si, a autoria. Para Welzel, toda contribuição em uma ação que não observa o dever de cuidado fundamenta a autoria⁸⁵. No mesmo sentido é a

84. Nélon Hungria, O arbítrio judicial na medida da pena, *Revista Forense*, n. 90, jan. 1943, p. 66.

85. Welzel, *Derecho Penal alemán*, p. 145.

orientação de Jescheck, para quem é inadmissível a coautoria nos delitos culposos, diante da inexistência de acordo comum. Quando houver a cooperação imprudente de vários autores — continua Jescheck — a contribuição de cada um deve ser avaliada separadamente, pois cada um será *autor acessório*⁸⁶. Essa concepção ger-mânica decorre da adoção da “teoria do domínio do fato”, visto que nos crimes culposos esse domínio não existe. Já em relação à participação em sentido estrito (instigação e cumplicidade), o Código Penal alemão determina expressamente que ela só é possível na forma dolosa (§§ 26 e 27).

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina espanhola admite não só a coautoria nos crimes culposos como a participação em sentido estrito. O comum acordo, impossível quanto ao resultado, é perfeitamente admissível na conduta imprudente, que, de regra, é voluntária⁸⁷. Um dos grandes argumentos dos espanhóis é que a participação, além de permitir melhor graduação da responsabilidade penal, mantém o *princípio da acessoriedade*. Assim, por exemplo, aquele que induz outrem a uma atividade perigosa para si não será castigado se ocorrer um acidente com lesão ou morte. Sua cooperação esbarraria na atipicidade da conduta de *matar-se* ou de *autolesionar-se*. Bettiol também admitia a possibilidade de participação em crime culposo⁸⁸.

A doutrina brasileira, à unanimidade, admite a *coautoria* em crime culposos, rechaçando, contudo, a *participação*⁸⁹. Pode existir na verdade um vínculo subjetivo na realização da conduta, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao resultado, que não é desejado. Os que *cooperam na causa*, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são *coautores*. Nesse aspecto, a concepção brasileira assemelha-se, na essência, com a alemã, ao sustentar que toda contribuição causal a um delito não doloso equivale a produzi-lo, na condição de autor, para os alemães, na de coautor, para os brasileiros, pois, como dizia Welzel, “a coautoria é uma forma independente de autoria... A coautoria é autoria. Por isso, cada coautor há de ser autor, isto é, possuir as qualidades pessoais (objetivas e subjetivas) de autor...”⁹⁰. Assim, passageiro que induz o motorista de táxi a dirigir em velocidade excessiva e contribui diretamente para um atropelamento, que para os alemães seria autor, para os espanhóis seria simples partícipe⁹¹, e, para a doutrina brasileira, coautor⁹².

86. H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 940.

87. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*; Parte General, Barcelona, PPU, 1985, p. 336.

88. Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, v. 1.

89. Por todos, Damásio de Jesus, *Direito Penal*; Parte Geral, 20. ed., São Paulo, Saraiva, v. 1, p. 417.

90. Welzel, *Derecho Penal alemán*, p. 158.

91. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, p. 336.

92. Damásio de Jesus, *Direito Penal*, 20. ed., v. 1, p. 417-8.

14. Hon

O ho
sanções de
no novo c
anos de d
o segundo

Algun
certa unif
que “tipif
nalidade,
rido dispo
de objetiv

Rui S
esse trata
menor gra
em que es
de o princ
mento igu

Passa
que, limp
dispara, a
de um m
indivíduo
trução, at
motorista
colhe e m
o bem jun
lidade de
ações seri
ção mais

A do
o injusto,
em caráte
do estado

93. Rui Sto
Salomão S
n. 61, dez.

94. Rui Sto