

**CULPA QUALIFICADA OU DOLO (HIPOTÉTICO)?<sup>1</sup>**  
**- LIDANDO DE FORMA ADEQUADA COM CORRIDAS ILEGAIS DE VEÍCULOS**  
**E SUAS CONSEQUÊNCIAS -**

**Prof. Dr. Dr. h. c. dupl. Georg Freund**

Professor Dr. Dr. h.c. dupl. *Georg Freund* é titular da cadeira de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito da Philipps-Universität Marburg (Alemanha).

**Tradução:**

Dra. Deborah Alcici Salomão, LL.M. (Marburg)  
Advogada, mestre em Direito *summa cum laude* pela Philipps-Universität Marburg (Alemanha), doutora em Direito *summa cum laude* pela Justus-Liebig-Universität Gießen (Alemanha).

---

## I. INTRODUÇÃO

Corridas de carro ilegais, os ditos rachas, são vistas como um problema relevante já há algum tempo.<sup>2</sup> Especialmente quando ocorrem consequências graves há sempre um clamor social para que finalmente sejam tomadas contramedidas apropriadas. Neste contexto, muitos pensam imediata e exclusivamente no direito penal, cujo desempenho atual é tido como brando demais. O direito penal de trânsito da Alemanha, até pouco tempo atrás, não previa nenhum crime que lidasse com as corridas ilegais de carros, os rachas.

O ato de pôr em perigo o trânsito rodoviário (*Straßenverkehrsgefährdung*), de acordo com o § 315c dStGB<sup>3</sup>, e a interferência perigosa no trânsito (*gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr*), de acordo com o § 315b dStGB, se encaixam àqueles casos de forma bastante limitada.<sup>4</sup> O homicídio culposo do § 222 dStGB, que tem muita relevância prática, prevê apenas pena de reclusão de até cinco anos e multa. Além disso, os tribunais alemães relutam em impor penas de reclusão para crimes de homicídio culposo que não podem ser cumpridas em regime aberto, visto que excedem dois anos. Assim, é raro que se ultrapasse a pena máxima de cinco anos.

---

<sup>1</sup> Nota da Tradutora: Em termos de Direito Penal brasileiro, é interessante ler o artigo e as soluções propostas pelo autor em perspectiva comparada com a culpa consciente e o dolo eventual. Enfatiza-se ainda que no final deste artigo há um anexo com a tradução dos tipos penais relevantes para esta leitura.

<sup>2</sup> Ver *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 ss. – Explicando mais sobre a questão, ver *Rostalski*, GA 2017, 585 ss.

<sup>3</sup> Nota da tradutora: dStGB é a abreviatura de *deutsches Strafgesetzbuch*, ou seja, Código Penal Alemão.

<sup>4</sup> Na mesma linha *Rostalski*, GA 2017, 585.

Isso se deve, em grande parte, ao modelo alemão de concorrência de crimes, segundo o qual, mesmo se há o cometimento de vários crimes, como por exemplo cem homicídios culposos, apenas a penalidade com a medida máxima de cinco anos será aplicável. O direito penal alemão, que muitos consideram muito brando e incompleto, foi recentemente complementado com regras específicas para as corridas ilegais de veículos. Foi introduzido o § 315d dStGB.<sup>5</sup> De acordo com este dispositivo, a organização, a execução e a participação em uma corrida não autorizada de veículos automotores são criminalizadas. O dispositivo também abrange o caso do chamado "corredor solo", que "como motorista de veículo automotor, se move com velocidade não adaptada à via, de maneira negligente e imprudente, para atingir a velocidade mais alta possível". A pena é de no máximo dois anos de reclusão ou multa. O § 315d (2) dStGB prevê uma punição mais severa para quem, como participante de um racha ou corredor solo, cria um perigo para a vida ou integridade física de outra pessoa ou para bens alheios de valor significativo. A seção 4 do dispositivo contém um tipo penal para quando, no caso da seção 2, uma consequência grave for causada, em particular a morte de um ser humano. A punição é então, basicamente, prisão de um ano a dez anos.

Estas regras visam provocar um enrijecimento do direito penal. No entanto, este objetivo não foi alcançado. Isto não nos surpreende, uma vez que é de se duvidar que as regulamentações setoriais introduzidas capturem o problema real de forma adequada. Estas regras produzirão mais problemas que soluções. Porque, por exemplo, é incompreensível que o irresponsável organizador de uma corrida como essas, que deveria ser responsabilizado pela morte de espectadores, está isento do crime previsto no § 315 d (4).

Neste contexto, faz-se ainda mais importante discutir uma solução alternativa, defendida especialmente pelo Tribunal Distrital de Berlim.<sup>6</sup> Esta solução é de particular interesse e importância prática, mesmo depois do surgimento das regulamentações específicas feitas pelo legislador: em um caso grave de um perigoso racha, o Tribunal de Berlim condenou os acusados por homicídio *doloso* – considerando ainda as qualificadoras, segundo o § 211 dStGB – submetendo-o à pena de prisão perpétua. Os dois acusados dirigiam seus veículos à noite no centro da cidade de Berlim. Suas velocidades eram de cento e setenta quilômetros

---

<sup>5</sup> 56a Lei que mudou o Código Penal Alemão de 30.9.2017, em vigor desde 13.10.2017 (BGBl. I p. 3532). – Crítico com relação ao tema: *Rostalski*, GA 2017, 585, 593 f., 595; ver mais sobre esta regra em *Stam*, StV 2018, 464 ss. com outras referências – No Brasil, o art. 308 do Código de Trânsito regula esses casos desde 1997.

<sup>6</sup> LG Berlin NSTz 2017, 471 ss.  
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 1, pp. 405-418, Jan.-Abr. 2020. 406

por hora. Eles correram por onze cruzamentos com vários sinais vermelhos. Em uma colisão, um motorista, que não estava envolvido no racha, morreu.

Por um lado, a decisão do Tribunal Distrital de Berlim recebeu aprovação, por outro lado, foi criticada.<sup>7</sup> O Superior Tribunal de Justiça Alemão - BGH<sup>8</sup>, recebeu o recurso do réu neste caso e anulou sua condenação por homicídio doloso.<sup>9</sup> Este resultado não era de se esperar. Pode ser que em um caso futuro, o BGH não se oponha a uma condenação mais bem fundamentada por homicídio simples ou até mesmo homicídio qualificado.

Independentemente do resultado concreto do processo de revisão no caso de Berlim, a questão fundamental abstrata-geral ainda carece de esclarecimentos: o que exatamente diferencia o dolo da (mera) culpa por imprudência e negligência? Primeiro, é necessário esclarecer o que necessariamente alguém precisa saber para constituir um comportamento doloso no contexto de um homicídio, mais precisamente, qual deve ser o objeto de seu conhecimento e quais requisitos devem ser estabelecidos para este conhecimento. Somente então é possível investigar se, de acordo com o processo penal, ficou comprovado que uma determinada pessoa tinha exatamente este conhecimento (exatamente esta consciência) durante seu comportamento.<sup>10</sup>

## II. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O COMPORTAMENTO DOLOSO E CULPOSO

### 1. FUNDAMENTOS DA DIFERENCIAÇÃO: A FUNÇÃO DA CONDENAÇÃO E DA PENA

Não só no Direito Penal alemão a diferenciação entre a conduta dolosa e culposa é de grande importância para determinar o “se” e o “como” da responsabilidade criminal. O comportamento doloso é mais severamente punido que o (simples) culposo. Quando o comportamento culposo é punível, o comportamento doloso sempre será punido com muito mais dureza em circunstâncias idênticas. O fundamento para isso está intimamente relacionado à tarefa do direito penal de reagir à má conduta legal: é tarefa da condenação e da

<sup>7</sup> No caso do “racha de Berlim” alguns autores corroboram com o homicídio doloso, como *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439, 442. – Por outro lado, contra esta visão está *Rostalski*, GA 2017, 585 ss.

<sup>8</sup> Nota da tradutora: BGH é a abreviatura de Bundesgerichtshof, nome da corte correlata ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

<sup>9</sup> BGH 1.3.2018 – 4 StR 399/17, BeckRS 2018, 2754 (homicídio causado por rachas ilegais) (= NStZ 2018, 409 ss. com aquiescência de *Tonio Walter*; ver também *Eisele*, JZ 2018, 549 ss.

<sup>10</sup> As duas questões a serem separadas são frequentemente confundidas na discussão sobre o dolo.– Uma separação apropriada pode ser encontrada em *Frisch*, *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, 1990, p. 533, 536 ss., 550 ss.

punição reagir com grau de desaprovação adequado a uma violação específica das normas comportamentais (e, se aplicável, de suas consequências específicas), para reestabelecer a paz jurídica por ela perturbada. A violação comportamental do agente significa um questionamento da validade da norma. Este questionamento deve ser contradito de maneira apropriada, para que, não a violação do agente, mas o Direito seja confirmado.<sup>11</sup> Este conceito de punição compensatória assertiva não se baseia em nenhuma necessidade de prevenção, mas apenas na violação do agente. Ele é acusado apenas daquilo que pode realmente lhe ser imputado: de sua violação às normas comportamentais e, se necessário, também de suas consequências específicas.<sup>12</sup>

## **2. A DISFUNÇÃO PESSOAL QUALIFICADA DO AGENTE DOLOSO, EM OPOSIÇÃO À CULPA, COMO FORMA BÁSICA DE VIOLAÇÃO COMPORTAMENTAL**

### **a) Comportamento doloso como uma forma completa insuperável de violação comportamental**

Esta violação comportamental do agente como ponto principal da reação criminal não é apenas quantitativa, em termos de comportamento intencional, mas também qualitativamente mais séria do que a mera culpa.<sup>13</sup> Aquele que age com culpa, na formação de normas e no cumprimento da norma, falha já na formação específica do contexto e do destinatário da norma concreta, pois ele não compreende adequadamente as circunstâncias relevantes. Por outro lado, o agente intencional entende a formação esperada da norma concludentemente. Ele cogita todas as circunstâncias relevantes de maneira certa. No entanto, ele não as obedece, expressando assim seu desrespeito à validade normativa de uma forma ideal-típica e insuperável.

### **b) Irrelevância do elemento volitivo do dolo**

Esta falha qualificada pessoal do agente doloso é completamente independente de um elemento volitivo do agente, no sentido de uma aprovação comportamental real psicológica. Contudo, na Alemanha, jurisprudência e doutrina infelizmente ainda trabalham com este

<sup>11</sup> Sobre o entendimento da condenação e da pena como reação contrária à violação da norma de comportamento do ofensor ver *Jakobs*, AT, 2. Ed. 1991, 1/9 ss.; do mesmo autor, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 28 ss.; e ainda *Frisch*, GA 2015, 65, 67 f., 75 ss.

<sup>12</sup> No entanto, esta responsabilidade do agente pelas consequências do ato não é original, mas sempre depende de sua razão - ou seja, a violação da norma de comportamento como a raiz do mal.

<sup>13</sup> Sobre a base do comportamento equivocado qualificado daquele que age com dolo, ver *Frisch*, *Vorsatz und Risiko – Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*. Ver também uma publicação sobre a cogitação de consequências que não seriam fatos típicos, p. 102 ss. *et passim*; ver também *Freund*, in: *MünchKommStGB*, Bd. 1, 3. Ed. 2017, Vor § 13 Para. 204 ss., 298, 370 ss.

elemento.<sup>14</sup> Reconhece-se, no entanto, que saber qual pode ser o resultado de um comportamento no momento relevante da conduta e com compreensão jurídica, denota um comportamento doloso com relação àquela consequência. Quem sabe o que faz com vontade, não pode mais alegar que não queria fazê-lo! Com isso, um elemento volitivo sério passa a ser desnecessário.<sup>15</sup>

**c) Os requisitos exatos para o conhecimento das circunstâncias do fato - Intenção hipotética insuficiente**

A única coisa decisiva é que o requisito de conhecimento das circunstâncias que justificam a realização do fato típico seja devidamente concretizado: Este conhecimento – esta compreensão - não está presente de forma suficiente, se o autor simplesmente *puder tomar conhecimento* destas circunstâncias com o devido esforço de seus poderes cognitivos. Poder-se-ia dizer então que ele, “na verdade”, conhece estas circunstâncias, mas este “conhecimento” não estava concretamente presente no momento da ação. Entretanto, esta forma mitigada de conhecimento/consciência não seria determinante para seu comportamento e, neste sentido, não é suficiente para tornar as decisões concretas do agente em um comportamento doloso. Em vez disso, sua decisão por um comportamento específico é baseada em uma avaliação imprecisa da situação. Isso é suficiente para a alegação de culpa, mas não é suficiente para a alegação qualificada de realização intencional do fato típico.

O fato de que o agente possa fazer uma avaliação correta da situação de maneira mais ou menos fácil não muda isso. Mesmo que seja fácil para o agente avaliar corretamente as circunstâncias da situação e, portanto, seria fácil para ele obter o conhecimento necessário para este fim, uma intenção - dolo - meramente hipotética não é real. Assim, uma acusação de cometimento de crime doloso seria, desde o início, inadequada para cumprir a função legítima de uma reação de desaprovação penal adequada.

Um tratamento equivalente de ações culposas graves e de ações dolosas sob as mesmas circunstâncias seria uma ficção contra factual ilegítima. Isto seria disfuncional no contexto do direito penal. A diferença não apenas quantitativa, mas também qualitativa, entre as falhas

---

14 BGH 1.3.2018 – 4 StR 399/17, BeckRS 2018, 2754, *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 49. Ed. 2019, Para. 316, 318 com outras referências; *Spendel*, Festschrift für Lackner, 1987, p. 167, 172.

15 O Superior Tribunal de Justiça alemão já reconheceu isso há muito tempo com sua fórmula de „*Billigen im Rechtssinne*“ – *nolens volens (!)*; comparar com BGHSt 7, 363, 369 s. (Caso da correia de couro). – Fortemente contra a relevância intencional de um elemento voluntário *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, p. 268; ver também *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre (AT), 3. Ed. 2019, § 7 Para. 54 ss.

pessoais do autor intencional e do autor imprudente não deve ser ignorada. O caminho até o dolo pode não estar muito longe para o agente, que se comporta em grave imprudência. Portanto, o conteúdo imoral deste comportamento imprudente pode se aproximar muito do comportamento intencional. Ainda assim, a significativa diferenciação, necessária para a condenação correta, permanece sempre presente.<sup>16</sup>

A diferença não deve ser levada em consideração apenas para a condenação, mas também precisa ser obrigatoriamente considerada para as demais consequências jurídicas – ou seja para a quantificação da pena. Mesmo o homicídio culposo mais fútil é e continua sendo um homicídio culposo e deve ser julgado sempre pelo menos de maneira um pouco mais branda, no que tange à dosimetria da pena, do que o homicídio doloso cometido em circunstâncias idênticas. Apenas no dolo existe o questionamento completo e contundente da norma pelo agente, pois ele avaliou a situação de forma certa e ilimitada, ensejando uma reação correspondentemente dura do direito.

A distinção entre dolo e culpa no direito penal se baseia nas diferenças quantitativas e qualitativas do erro pessoal. O conteúdo imoral do ato culposo correspondente está, mais precisamente, incluído no ato doloso. Assim, de acordo com a visão apropriada, há uma proporção de mais-menos entre os dois tipos de crime. Ambos os agentes violam a mesma norma comportamental. Mas, para o questionamento criminalmente significativo do padrão de comportamento, é de fundamental importância saber se ele foi feito em sua forma completa ou se há cortes a serem feitos. Para que o questionamento à validade da norma seja totalmente desenvolvido, aqueles que violam a norma devem entender completamente o que estão fazendo. Eles devem ter em mente as razões para legitimar a norma comportamental violada - ou seja, reconhecer claramente as possíveis consequências de seu comportamento - e ainda assim, decidir-se por violar a mesma.<sup>17</sup>

Enquanto o agente culposo se equivoca em aspectos essenciais, o agente doloso decide contra o bem jurídico tutelado pela norma comportamental com os olhos bem abertos.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Sobre a importância da condenação correta para o cumprimento da tarefa de direito penal, ver *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen – Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992, p. 109 ss.

<sup>17</sup> Ver sobre este tema *Freund*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MünchKommStGB), Band 1, 3. Ed. 2017, Vor § 13 Para. 298.

<sup>18</sup> Às vezes, até mesmo ciente de sua responsabilidade especial – Sobre a responsabilidade especial como critério de realização factual de ações e omissões ver *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Para. 19 ss., § 6 Para. 17 ss., 56 ss., 152.

Esclarecimentos adicionais sobre aspectos relevantes da norma não fariam efeito sobre ele, posto que ele já previa o prejuízo do bem jurídico tutelado pela norma de comportamento transgredida como uma consequência de comportamento possível *in concreto* e refletia sobre os possíveis eventos adicionais, sem avaliação equivocada.<sup>19</sup>

A avaliação correta da situação, necessária para um comportamento doloso, não pode ser substituída pela alegação de uma avaliação equivocada. Por isso a posição de *Pawlik* deve ser rejeitada, segundo a qual, no caso de dolo, seria necessário abstrair a pessoa específica, e o comportamento doloso poderia ser presumido se um cidadão cumpridor da lei chegasse a uma avaliação correta dos danos que poderiam ser causados.<sup>20</sup> Este tipo de *dolo hipotético* não justifica a condenação da pessoa específica por realização intencional dos fatos. Não se justificaria nestes casos algo além de uma mera forma qualificada da culpa.<sup>21</sup>

#### **d) Intenção perigosa e culpa consciente**

Com base no conceito correto de dolo, também não é difícil distinguir entre a intenção perigosa, suficiente para configurar alguns delitos, e a intenção de ferir ou danificar. Outra distinção está intimamente relacionada a esta: a distinção entre culpa consciente e o dolo.<sup>22</sup> Neste sentido, faz-se a análise do objeto exato da acusação sob certas normas sancionadoras. Por exemplo: no homicídio simples, previsto no § 212 ((1) dStGB, acusa-se o agente de ter matado outra pessoa intencionalmente. Portanto, a ação deliberada de matar exige que o agente esteja ciente da possível causa da morte de outra pessoa. Por outro lado, na interferência perigosa deliberada no trânsito rodoviário (como, por exemplo, colocando obstáculos que causam risco concreto à vida de outros usuários da estrada), tipificada no

<sup>19</sup> Ver mais sobre a proporção da pena para crimes dolosos em *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 46 ss., 195 ss. *et passim*.

<sup>20</sup> *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, escreveu na p. 381: “No entanto, como não se baseia no conhecimento que o delinquente possuía no momento [na opinião de *Pawlik*], mas no que ele deveria razoavelmente saber, o julgamento da violação à lei deve ser dissociado do resultado psicológico real encontrado no autor.” No original: “Da sie aber nicht an das Wissen anknüpft, welches der individuelle Delinquent aktuell besaß, sondern an das, welches er vernünftiger- und zumutbarerweise hätte haben müssen, entkoppelt sie das Urteil über die Rechtsfeindlichkeit eines Verhaltens von dem beim Täter real vorfindbaren psychischen Befund.” p. 394 *Pawlik* escreveu sobre uma „equivalência“ completa da „inconsciência indesculpável“ e da „consciência real e presente“; p. 396: O fator decisivo é o motivo pelo qual o criminoso chegou à avaliação equivocada em questão.“ – Com opinião análoga, ver *Jakobs*, *ZStW* 114 (2002), 584 ss.; no sentido de uma objetivização do dolo, ver *Pérez-Barberá*, *GA* 2013, 454 ss.

<sup>21</sup> Sobre regulamentar estes casos qualificados de negligência, imprudência e imperícia por meio de uma proposta *de lege ferenda* ver abaixo II.3.

<sup>22</sup> Esta distinção é frequentemente vista erroneamente como de difícil aplicação; ver, por exemplo, *Wessels/Beulke/Satzger*, *AT*, Para. 335: “Ambos os grupos de casos estão bem próximos na área de fronteira.” No original: „Beide Fallgruppen liegen im Grenzbereich eng beieinander.“

§ 315b (1) número 2 dStGB, o agente é acusado exatamente disso – nada mais, mas também nada menos que isso. O infrator deve, portanto, primeiro estar ciente das circunstâncias que cercam a "interferência no trânsito rodoviário", ou seja, reconhecer a possibilidade de concretização do fato típico. Além disso, ele deve ter em mente a possibilidade do surgimento da situação de risco relacionada ao fato típico - considerar um acidente que a princípio também pode ser fatal. Se, com base nesta ideia, o autor suprime a possibilidade de dano advindo de suas ações e confia que no fim tudo vai dar certo, exclui-se a intenção de causar dano ou lesão com fulcro no § 212 (1) dStGB. Contudo, a decisão do agente é intencional em relação à concretização do perigo (à vida) consubstanciado no fato típico previsto no § 315b (1) número 2 dStGB. O agente reconheceu esta concretização do perigo como consequência possível dos seus atos, na forma específica necessária para a alegação do fato típico. A decisão de agir é conscientemente culposa no que tange à concretização da morte: o agente considerou a possibilidade de dano durante seu processo decisório, entretanto, apenas num segundo momento, ele a rejeitou, de maneira legalmente censurável. Trata-se, portanto, frequentemente, de uma forma mais grave de culpa (em relação à culpa inconsciente), pois o agente tem a oportunidade concreta de tomar consciência das possíveis consequências danosas do seu comportamento ilegal e, por conseguinte, abster-se de fazê-lo. Entretanto, ele não tem a intenção de causar o dano. Assim como na culpa inconsciente, falta a ele, no momento de sua ação, o conhecimento relevante da possibilidade de dano. Em contraste à culpa inconsciente, a avaliação errônea do agente é frequentemente mais gravosa, porque ele, no período que antecedeu o seu comportamento contrário à norma, já foi muito além daquele agente que sequer pensou que as consequências de seu comportamento poderiam levar à morte de alguém.

A designação comum destes casos como episódios de “culpa consciente” é enganosa. Isso porque, em relação à concretização dos aspectos do fato típico (lesão ou dano), a consciência atual relevante para o comportamento do agente carece da ideia da possibilidade correspondente de lesão ou dano, assim como nos casos de culpa inconsciente. A característica fundamental da chamada "culpa consciente" é muito mais a conscientização da possibilidade de lesão ou dano no período que antecede o comportamento especificamente desaprovado – mais precisamente: numa determinada fase inicial da formação da norma. No momento da decisão concreta de agir de certa maneira, a possibilidade lesiva ou danosa não é mais suficientemente consciente. A chamada culpa consciente só pode, portanto, ser

entendida adequadamente como um processo dinâmico e demorado para o destinatário da norma.

### **e) Consequências para o caso do racha de Berlim – da decisão anulatória do BGH**

Neste contexto, é positivo que o BGH tenha anulado a condenação por homicídio doloso no caso do racha de Berlim. É certo que os dois réus criaram oportunidades consideráveis de danos em relação à vida e à integridade física de outros usuários da estrada por um longo período de tempo. Portanto, é plausível que houvesse pelo menos fases deste tempo nas quais eles avaliaram corretamente as possíveis consequências de seu estilo de direção arriscado. No entanto, uma *mera possível intenção* não é suficiente para a condenação por crime doloso.<sup>23</sup> Aplica-se o princípio *in dubio pro reo*! Também no caso de Berlim, dada uma apreciação realista do comportamento dos dois "pilotos de corrida", não se pode descartar que, nos momentos decisivos, eles confiaram no bom resultado. Isso foi completamente irracional e gravemente imprudente. No entanto, não justifica o veredicto contra factual de homicídio doloso.

### **3. SOBRE O TRATAMENTO ADEQUADO DE CASOS DE CULPA QUALIFICADA – O HOMICÍDIO ESPECIAL LEVIANO DE *LEGE LATA* E DE *LEGE FERENDA***

No direito penal alemão hodierno, casos de culpa qualificada são tratados apenas pontualmente. Vale mencionar aqui os delitos qualificados que causam morte<sup>24</sup> – especialmente lesão corporal seguida de morte, segundo o § 227 dStGB<sup>25</sup>. Contudo, estas regras atingem rapidamente seus limites: por exemplo, no caso de lesões corporais que resultam em morte, já se comprova que o crime levaria à morte na tentativa do delito base. O Superior Tribunal de Justiça alemão reconheceu a possibilidade de tentativa de dano corporal no famoso caso da “perseguição de Guben”.<sup>26</sup> No entanto, esta construção auxiliar falha se a morte da vítima é provocada de maneira leviana e descuidada por meras ações preparatórias

<sup>23</sup> Mesmo considerando a alta probabilidade de atendimento aos requisitos do dolo, os requisitos processuais da prova não são atendidos.

<sup>24</sup> No caso de crimes de homicídio qualificado, às vezes há até uma padronização estatutária explícita de um requisito de imprudência. Um exemplo é o roubo seguido de morte que, de acordo com o § 251 do Código Penal Alemão, se a causa da morte é pelo menos fútil, será punido com uma sentença de prisão perpétua ou prisão de menos de no mínimo dez anos.

<sup>25</sup> No caso de lesões corporais que resultam em morte, segundo o § 227 dStGB (crime punido com prisão de no mínimo três e no máximo 15 anos) o requisito de imprudência não está expresso na lei; no entanto, a punição severa só pode ser legitimada se a morte for causada por danos corporais intencionais, de forma imprudente. Devido à interpretação constitucional exigida, o requisito de imprudência deve ser entendido como um fato não escrito. Leia mais sobre isso em *Freund, Festschrift für Frisch*, 2013, p. 677, 685 ss.

<sup>26</sup> Ver BGHSt 48, 34 ss.

ou se o crime base é apenas o constrangimento ilegal (*Nötigung*)<sup>27</sup>, previsto no § 240 dStGB. O tratamento adequado de casos qualificados de homicídio culposo é um problema geral no direito penal. Portanto, apenas uma regra geral pode remediar os déficits existentes no tratamento criminal de tais casos. Por outro lado, regras setoriais específicas, como as criadas pelo legislador alemão para corridas ilegais de automóveis, permanecem inevitavelmente como uma colcha de retalhos. Com base nisso, os casos que são essencialmente equivalentes continuarão sendo tratados de maneira desigual inadequadamente.

De acordo com o direito alemão atual, mesmo homicídios (especialmente) levianos são geralmente inapropriadamente sancionados de maneira leve com a condenação por homicídio culposo por negligência, imprudência ou imperícia, consoante § 222 dStGB.<sup>28</sup> Como estes casos distam tanto da intenção de matar, o escopo punitivo do § 222 dStGB não corresponde ao do § 212 (1) dStGB.<sup>29</sup> Para permitir a punição apropriada (particularmente) de homicídios levianos - ou seja, quase homicídios -, eu já propus a regra a seguir no livro comemorativo para Wolfgang Frisch.<sup>30</sup>

§ 222 dStGB (novo) homicídio culposo e especialmente leviano<sup>31</sup>

(1) *Quem por culpa (imprudência, imperícia ou negligência) causar a morte de alguém, será punido com pena privativa de liberdade de até 5 anos ou multa.*

(2) *Se o autor cometer o ato de maneira próxima à conduta dolosa (culpa especialmente leviana), a pena será privativa de liberdade de um a dez anos.*

<sup>27</sup> Nota da tradutora: Cita-se aqui o tipo original do crime que se traduziu de forma correlata como constrangimento ilegal. § 240 dStGB: “Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.” Ou seja, quem forçar ilegalmente, por meio de violência ou ameaça, uma pessoa a agir, tolerar ou omitir-se, será punido com prisão de até três anos ou com multa.

<sup>28</sup> Ver sobre o tema *Freund*, Festschrift für Frisch, 2013, p. 677, 693 ss.

<sup>29</sup> Só um conceito diferenciador nos homicídios culposos poderia ajudar. Este conceito deve levar em conta os níveis de homicídios culposos (simples) e homicídios culposos (particularmente) imprudentes na condenação e também deve ser coordenado com a punição por homicídios dolosos. A estrutura punitiva para casos de homicídios culposos simples e (particularmente) imprudentes, anteriormente cobertos pelo § 222 dStGB, varia de multas a um máximo de cinco anos de prisão. Por outro lado, o crime base de homicídio doloso, nos termos do § 212 (1) dStGB é punível com prisão de pelo menos cinco anos. A medida máxima é de basicamente quinze anos de prisão.

<sup>30</sup> *Freund*, Festschrift für Frisch, 2013, p. 677, 694 s.

<sup>31</sup> Nota da tradutora: O adjetivo usado pelo autor, aqui traduzido como leviano, é “leichtfertig”. Tal palavra denota um descuido exacerbado, uma levandade, frivolidade.

O tipo penal proposto poderia substituir pelo menos alguns crimes qualificados de morte (especialmente §§ 227, 221 (3), 239 (4) dStGB)<sup>32</sup> e ao mesmo tempo evitar o privilégio injustificado de homicídios levianos em outro contexto criminal (como no constrangimento ilegal) ou em um contexto não criminal (como na execução de obras de construção sem qualquer medida de segurança).<sup>33</sup>

O problema da punição grave apropriada para casos graves de negligência e imprudência não ocorre apenas na Alemanha, mas também no Brasil. No Brasil - até onde se vê - estes casos são detectados apenas pontualmente e com a punição máxima muito baixa.<sup>34</sup> Assim como na Alemanha, não se pode esperar soluções adequadas de regras especiais para setores específicos, como por exemplo, na área do direito penal de trânsito.<sup>35</sup> Portanto, também gostaria de incentivar o Brasil a introduzir uma forma qualificada de homicídio culposo com punição significativamente mais severa.

### III. CONCLUSÃO E CONSEQUÊNCIAS DA DIFERENCIAÇÃO MATERIAL PARA A QUESTÃO DA PROVA

O tratamento diferenciado de casos culposos por negligência, imprudência ou imperícia acima sugerido é de toda forma melhor que o nivelamento contra factual do homicídio leviano como dolo. Isso é duvidoso e não seria aconselhável para o legislador. Seu poder regulatório também é limitado. Sob circunstâncias idênticas em relação à realização leviana dos fatos, a intenção "real" correspondente é, ainda, sempre mais grave, tanto quantitativa quanto

---

<sup>32</sup> Sobre considerações anteriores sobre a abolição de delitos qualificados comparar com *Lorenzen*, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981, p. 164 ss.; ver também *Díez-Ripollés*, ZStW 96 (1984), 1059 ss., 1074 ss. – O seguinte autor considera um fato típico de homicídio como pelo menos discutível: LK-StGB/*Vogel*, 12. Ed. 2007, § 18 Para. 25, Nota de rodapé. 33; comparar também com *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Ed. 1991, 9/37 a.E.

<sup>33</sup> A sugestão de *Rostalski* de considerar o homicídio por imprudência como crime segue a mesma linha: *Rostalski*, GA 2017, 595, 598, comparar com *Lohmeyer*, Fahrlässige Tötungen als Straftat und das Erfordernis des spezifischen Gefahrrealisierungszusammenhangs bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, 2011, p. 130 ss., 137, 175 f. – A proposta de mudança da legislação aqui exposta deixa ainda mais clara a proximidade entre a intenção e imprudência e descuido, a fim de ancorar um freio de aplicação adicional na redação da nova lei criminal.

<sup>34</sup> O artigo 129, § 3º do Código Penal Brasileiro cobre danos corporais que resultam em morte e o artigo 308, § 2º Código de Trânsito brasileiro abrange corridas ilegais de veículos automotores que resultam em morte.

<sup>35</sup> Isso se aplica sem reservas aos crimes por lesão corporal que causaram (de maneira particularmente imprudente) a morte ou ferimentos a outra pessoa. Uma regulamentação específica nesta seara parece pelo menos discutível quando se trata de ameaças descuidadas à vida e à integridade física de outras pessoas. *Rostalski*, GA 2017, 595, 598 sugere a seguinte nova redação do § 315c dStGB: qualquer pessoa que coloque em risco a vida ou a integridade física de outra pessoa no trânsito por negligência, imprudência ou imperícia grave é punida com prisão de até cinco anos ou multa.

qualitativamente! No entanto, se requisitos legais elementares devem ser levados em consideração, casos idênticos devem ser punidos igualmente e casos diferentes devem ser punidos de maneira diferente. Isso se aplica à culpabilidade correta, que deve ser adequada, bem como à intensidade da reação do direito penal.

O conceito de diferenciação material entre intenção e culpa aqui apresentado, bem como nos casos de culpa, entre culpa simples e casos de negligência, imprudência (especial), tem um importante efeito de aliviar a prática do direito penal: dificuldades na comprovação do dolo não precisam mais ser tomadas como oportunidade para desconsiderar os requisitos da prova legal suficiente para comprovar a intenção e agir como se eles tivessem sido atendidos. O perigo correspondente ainda existe em alto grau, porque a prática do direito penal detecta corretamente que a punição de casos de homicídio culposo (especial) do § 222 dStGB não é apropriada - como demonstra a sentença do Landgericht de Berlim. Assim que for apresentada à prática do direito penal uma lei penal adequada para casos de homicídio culposo qualificado, não haverá falso incentivo para aceitar a intenção de matar, mesmo que seus pré-requisitos não tenham sido atendidos e, em particular, não tenham sido comprovados de acordo com as regras processuais.

#### **IV. ANEXO – CONCEITOS RELEVANTES DO CÓDIGO PENAL ALEMÃO (DSTGB) TRADUZIDOS**

##### §211 Mord

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.

##### §211 Homicídio qualificado (assassinato)

(1) O assassino é punido com prisão perpétua.

(2) Um assassino é alguém que mata uma pessoa por desejo de assassinato, para satisfação do instinto sexual, por ganância ou por outros motivos baixos, insidiosos ou cruéis ou com meios perigosos para o público ou para permitir ou encobrir outro crime.

---

##### §212 Totschlag

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

##### §212 Homicídio doloso simples

(1) Quem mata uma pessoa sem cometer assassinato § 211 será condenado a não menos de cinco anos de prisão por homicídio.

(2) Em casos particularmente graves, a prisão perpétua pode ser reconhecida.

---

##### §222 Fahrlässige Tötung

Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

##### §222 Homicídio culposo

Quem por culpa (negligência, imprudência ou imperícia) causar a morte de alguém será punido com prisão de até cinco anos ou multa.

---

##### Sugestão do autor (*de lege ferenda*):

##### § 222 dStGB (neu) Fahrlässige und besonders leichtfertige Tötung

(1) Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Begeht der Täter die Tat in einer vorsätzlichem Handeln nahekommenden Weise (besonders leichtfertig), so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

##### § 222 dStGB (novo) homicídio culposo e especialmente leviano

CULPA QUALIFICADA OU DOLO (HIPOTÉTICO)? - LIDANDO DE FORMA ADEQUADA COM CORRIDAS ILEGAIS DE VEÍCULOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS -

- (1) Quem por culpa (imprudência, imperícia ou negligência) causar a morte de alguém, será punido com pena privativa de liberdade de até 5 anos ou multa.
- (2) Se o autor cometer o ato de maneira próxima à conduta dolosa (especialmente leviana e descuidada), a pena será privativa de liberdade de um a dez anos.