

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, o tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Ulrich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o público leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

A TENTATIVA NOS DELITOS QUALIFICADOS PELO RESULTADO: ENSAIO HISTÓRICO-DOG MÁTICO SOBRE OS PARADOXOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

LA TENTATIVA EN LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO: ENSAYO HISTÓRICO-DOG MÁTICO SOBRE LOS PARADOJOS DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Fábio Aragone Andrade de Oliveira

Resumo

No presente artigo se investiga o tratamento da tentativa nos delitos qualificados pelo resultado a partir de uma perspectiva histórico-dogmática do panorama jurídico-penal novecentista, cenário no qual ocorreria verdadeiro giro epistemológico na estrutura subjetiva dos referidos crimes. Para tanto, adota-se a revisão bibliográfica como recurso metodológico, a fim de compreender as vicissitudes do sistema legal à época vigente. À vista disto, objetiva-se delimitar, valendo-se do método hipotético-dedutivo de abordagem, as diretrizes técnico-interpretativas do processo de imputação dos citados tipos penais, bem como deliberar sobre os paradoxos do direito contemporâneo.

Palavras-chave: Delitos qualificados pelo resultado, Tipo subjetivo, Tentativa, Paradoxos jurídicos contemporâneos

Abstract/Resumen/Résumé

En el presente artículo se investiga lo tratamiento de la tentativa en los delitos calificados por el resultado a partir de una perspectiva histórico-dogmática del panorama jurídico-penal novecentista, escenario en el cual ocurriera verdadero giro epistemológico en la estructura subjetiva de los referidos crímenes. Para tanto, adoptase la revisión bibliográfica como recurso metodológico, con el fin de comprender las vicisitudes del sistema legal a la época vigente. En vista de esto, objetivase delimitar, valiéndose del método hipotético-deductivo de abordaje, las directrices técnico-interpretativas del proceso de imputación de los citados tipos penales, así como deliberar sobre los paradojos del derecho contemporáneo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Delitos calificados por el resultado, Tipo subjetivo, Tentativa, Paradojos jurídicos contemporâneos

Introdução

A responsabilidade penal, muito embora presente desde as sociedades primitivas, necessita adequar-se constantemente às exigências sociais cada vez mais complexas. Com efeito, somente a partir de uma análise histórica é que se tornará possível o desenvolvimento de um estudo sólido sobre os paradoxos do direito contemporâneo.

No presente trabalho se investiga o tratamento da tentativa nos crimes qualificados pelo resultado, partindo-se de uma perspectiva histórico-dogmática do panorama jurídico-penal novecentista, cenário no qual ocorrera verdadeiro giro epistemológico na estrutura subjetiva dos citados delitos. Para tanto, adota-se a revisão bibliográfica como recurso metodológico, a fim de compreender as vicissitudes do sistema legal à época vigente. Com base nisto, objetiva-se delimitar, valendo-se do método hipotético-dedutivo de abordagem, as diretrizes técnico-interpretativas do processo de imputação das referidas infrações no regime jurídico hodierno.

Em princípio, examinar-se-á a evolução dogmática dos tipos qualificados pelo resultado a partir do estudo dos paradigmas da responsabilidade objetiva, cujos vestígios permaneceram no direito europeu novecentista, contexto no qual a imputação das mencionadas figuras típicas processara-se, de certa forma, à margem do princípio da culpabilidade. Neste ponto, analisar-se-á o modo pelo qual os diplomas europeus passaram a estabelecer regras gerais para limitar a imputação dos crimes qualificados pelo resultado, seguindo a tendência moderna de abolir de modo expresso e irrestrito a responsabilidade objetiva, bem como as controvérsias decorrentes desta nova concepção dos citados delitos.

Doravante, investigar-se-á a estrutura subjetiva do tipo qualificado pelo resultado, partindo-se de uma abordagem conceitual do dolo, culpa e preterintencionalidade. À vista disto, examinar-se-á o crime tentado como uma figura jurídica na esfera do *iter criminis*. Analisar-se-á, então, a tentativa nas infrações complexas e qualificadas pelo resultado. Neste passo, deliberar-se-á sobre a desproporcionalidade da pena cominada às referidas figuras típicas, a Súmula 610 da Suprema Corte e o problema da imputação do resultado morte a título tentado. Em linhas gerais, o questionamento a ser enfrentado é: seria admissível a tentativa nos casos em que o resultado qualificador não se produz por circunstâncias alheias à vontade do agente ou, pelo contrário, a imputação da tentativa dependeria da efetiva produção deste resultado nos casos em que não se consuma o núcleo do tipo que integra a estrutura do delito base?

1 A evolução dogmática dos crimes qualificados pelo resultado

Segundo Julian Pereda (1956, p. 213), entende-se por objetiva a responsabilidade penal pelo “mero fato”, desvinculada do “aspecto subjetivo do delinquente”. Nos primórdios, vigorava a “responsabilidade sem culpa, onde só se observava o nexo de causalidade entre a conduta do homem e o resultado tido como criminoso” (BRANDÃO, 2015, p. 113). O estudo do dolo ter-se-ia originado na jurisprudência da República Romana, cenário no qual a punição pública recairia apenas sobre aqueles que causassem dolosamente o resultado criminoso (MOMMSEN, 1905, p. 95-97). A responsabilidade penal a título de culpa, por outro lado, teria sido objeto de estudo posterior. (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1997, p. 371).

De acordo com Soler (1992, p. 160), provavelmente teria sido este o motivo pelo qual “no terreno jurídico prático repetidamente aparecia a tendência a ampliar o único conteúdo subjetivo de que se dispunha” – o dolo – para penalizar determinados fatos objetivamente graves, “ainda que não diretamente propostos e intencionais”.

No contexto jurídico canônico, ter-se-ia introduzido a “ideia perturbadora do *versari in re illicita*” (BRUNO, 1967, p. 25) consubstanciada na máxima “*qui versatur in re illicita respondit etiam de casu*”, vale dizer, “aquele que realiza um ato ilícito responde por todas as consequências” (CEREZO MIR, 1962, p. 47). Parafrazeando Juarez Tavares (2003, p. 240-241), dito princípio remontaria ao século XIII, época na qual a igreja católica objetivava punir a mera irregularidade de uma ação para “excluir dos ofícios religiosos os indignos, bastando que contra eles se comprovasse a produção causal de um resultado indesejável”. Neste caso, presumir-se-ia na consequência mais grave o “elemento típico situado na ação antecedente, cuja simples irregularidade se queria punir”.

A partir desta presunção, segundo Torío López (1976, p. 27-28), ter-se-ia originado o conceito do *dolus indirectus*, em cuja essência consistiria na equiparação do *versari in re illicita* ao atuar doloso. Nas palavras do mencionado autor, ter-se-ia “produzido uma verdadeira transformação do princípio canônico medieval, estando-se ante uma nova categoria jurídica que havia absorvido plenamente o seu conteúdo”. Juarez Tavares (2003, p. 240-241) esclarece que tal concepção teria sido desenvolvida por Carpzov, a fim de superar dificuldades práticas da política criminal – “principalmente quanto a dificuldade da prova e da demonstração da relação dolosa para com o fato mais grave” – sem incorrer em violação ao princípio “*in homicidio culpa dolo non aequiparator*”. Para tanto, a partir do critério da doutrina Bártoli – “que compreendia a *res illicita* em atenção à conduta que, por sua perigosa

tendência, provavelmente conduziu a resultados mais graves” – ter-se-ia idealizado a presunção da “vontade do efeito” intrínseca à “vontade da causa”.

Diante disto, as críticas que recaíram sobre a teoria do *dolus indirectus* ter-se-iam repousado sobretudo no argumento de que dita perspectiva – assim como o *versari in re illicita* – conduziria à violação do *nullum crimen sine culpa*, em cuja essência consistira na própria negação à responsabilidade objetiva (SOLER, 1992, p. 160).

Os crimes qualificados pelo resultado, em determinadas épocas da história jurídica, representaram lamentáveis ecos dos modelos arcaicos de responsabilidade sem culpa, na medida em que a imputação do resultado qualificador dependeria somente do mero nexo de causalidade (ZAFFARONI, 1981, p. 430). Naquele cenário, recaíra sobre a doutrina científica a tarefa de interpretar os referidos delitos à luz do princípio da culpabilidade, de acordo com o qual apenas resultados objetivamente previsíveis poderiam ser objeto de reprovação penal.

Com efeito, entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX, o panorama jurídico-penal retratou um terreno prolífico para o desenvolvimento das teorias da causalidade,¹ na busca de conciliar as infrações qualificadas pelo resultado com esta nova concepção do fato punível. É certo, porém, que as metodologias desenvolvidas para o tratamento destes fatos, muito embora dignas de mérito, não escaparam às críticas fundadas no argumento de que a necessidade de impor limites à imputação desenfreada dos tipos qualificados pelo resultado teria dado margem à “intromissão das teorias da causalidade em um terreno que não lhes corresponde” (GIMBERNAT ORDEIG, 1962, p. 579).

Tamanha fora a dificuldade de interpretar as figuras típicas qualificadas pelo resultado sob o prisma do *nullum crimen sine culpa* que parcela considerável dos diplomas passaram a estabelecer regras gerais para limitar a imputação dos citados crimes. Neste contexto, florescia uma nova concepção dos delitos qualificados pelo resultado tão digna de méritos como de controvérsias, notadamente porque as anteriores críticas que sobre estes recaíram cederam espaço às discussões acerca da estrutura subjetiva das mencionadas infrações.

Assim procederam o Código Norueguês de 1902 (art. 43) e o Código Polonês de 1932 (art. 26, § 2º), nos quais exigiu-se a previsibilidade objetiva da consequência mais grave (HUNGRIA, 1978, p. 133). O Diploma Alemão de 1953 (§ 56),² e o Diploma Espanhol de

¹ Sobre a evolução dogmática das teorias causais, cf. DIEZ RIPOLLÉS (1982, p. 627-649), MAYER (2007, p. 171-193), MEZGER (1956, p. 222-253), GIMBERNAT ORDEIG (1962, p. 543-579), TAVARES (2003, p. 252-271) e WELZEL (1997, p. 50-56).

² A referida matéria atualmente está disciplinada no § 18 do Diploma Penal Alemão, que assim dispõe: “se a lei associa uma pena mais grave a uma consequência especial do fato, ela somente se aplica ao autor ou partícipe

1983 (art. 1º),³ por outro lado, seguiram a tendência do Diploma Dinamarquês de 1930 (art. 20), restringindo a imputação do resultado qualificador àqueles que provocassem-no “ao menos” a título culposo.

Nos sistemas jurídicos da Alemanha e Espanha, a interpretação literal dos respectivos dispositivos – em cujas redações compreenderam as expressões “ao menos culposamente” e “ao menos por culpa” – teria oportunizado o entendimento de que o resultado qualificador poderia ser imputado não somente a título culposo, mas também a título doloso. Por óbvio, tal compreensão não poderia alcançar os tipos que retratassem, em última análise, a preterintencionalidade em sentido estrito ou propriamente dita, visto que, nestes casos, a lesão jurídica apresentaria um caráter de progressão linear, de modo que a produção da consequência mais grave dependesse da consecução do resultado pretendido (cf. infra 2). Com efeito, a imputação da figura típica qualificada pelo resultado restaria prejudicada ante a prática dolosa do *majus delictum* (DIEZ RIPOLLÉS, 1982, p. 629-630).

À exceção dos crimes preterintencionais (*stricto sensu*), fortes nomes da ciência doutrinária alemã, não sem razão, buscaram limitar a imputação dos delitos qualificados pelo resultado aos casos nos quais a consequência mais grave não houvesse sido provocada intencionalmente, a menos que inexistisse outra infração dolosa com os mesmos elementos objetivos. Afinal, à míngua deste último tipo penal, sequer haveria concurso normativo, remanescendo apenas a subsunção fática a uma única figura típica. Em síntese, o crime doloso cujos elementos objetivos equivalassem àqueles definidos como circunstância qualificadora prevaleceria sobre esta última, posto que representaria um delito especial sob a perspectiva de sua estrutura subjetiva (WELZEL, 1997, p. 87).

Sem embargo, esta concepção das infrações qualificadas pelo resultado – limitada à imputação da consequência mais grave a título de culpa – não escapara as críticas baseadas no argumento de que este giro conceitual nada mais retrataria do que um falseamento da estrutura dos referidos tipos penais, em cuja essência carregaria os vestígios do *versari in re illicita*, incompatível com os princípios jurídico-penais (DIEZ RIPOLLÉS, 1982, p. 643-644).

quando ele causar esta consequência ao menos culposamente”. Tradução livre de: “*si la ley asocia una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, entonces ella solo se aplica al autor o partícipe cuando a él se le carga esta consecuencia al menos culposamente*” (LOPEZ DIAS, 1999, p. 9).

³ O referido artigo assim estabeleceu: “são delitos ou infrações as ações e omissões dolosas ou culposas sancionadas pela Lei. Não há pena sem dolo ou culpa. Quando a pena for determinada pela produção de um ulterior resultado mais grave, somente responder-se-á por este se houver sido causado ao menos por culpa”. Tradução livre de: “*son delitos o faltas la acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley. No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa*” (INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS, 1983, p. 361).

2 A estrutura subjetiva do crime e a agravação pelo resultado

No direito pátrio, a definição legal do dolo prevista no Código de 1940 (art. 15, I) foi mantida após a reforma de 1984 (art. 18, I). Em ambas as redações, se estabeleceu ser doloso o crime “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Adotou-se, portanto, a teoria da vontade complementada pela teoria do consentimento, considerando-se dolosa não somente a ação “dirigida diretamente ao resultado previsto” (dolo direto), mas também a ação daquele que consente em provocá-lo (dolo eventual) “ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo” (HUNGRIA, 1978, p. 114).

A culpa, assim como o dolo, corresponde a um conceito jurídico relacionado, não ao resultado criminoso, mas à conduta humana. Destarte, não há que se falar em resultados dolosos ou culposos, mas apenas em resultados produzidos por condutas dolosas ou culposas (WELZEL, 1997, p. 157). Segundo Welzel (2004, p. 111-112), a essência do delito culposo consistiria na “divergência entre a ação realmente empreendida e a que devia ter sido realizada em virtude do cuidado necessário”. Em outras palavras, a ação culposa decorreria da inobservância ao dever de cuidado objetivo. Parafraseando o referido autor, o conceito de cuidado objetivo envolveria a consideração das consequências objetivamente previsíveis (WELZEL, 1997, p. 158). Pela razão contrária, não integrariam a estrutura da infração culposa os resultados alheios à previsibilidade objetiva do “homem inteligente” (WELZEL, 2004, p. 121-122).

A definição legal de culpa originariamente prevista no Código de 1940 (art. 15, II) foi mantida na reforma de 1984, a partir da qual a mencionada matéria passou a ser disciplinada no art. 18, II, o qual estabelece ser culposo o crime “quando o agente deu causa por negligência, imprudência ou imperícia”. Parafraseando Aníbal Bruno (1967, p. 88), tanto a negligência como a imprudência retratam a inobservância ao dever de diligência, diferenciando-se entre si na medida em que a conduta negligente equivale ao atuar omissivo que expusesse o bem jurídico tutelado a um perigo que seria evitável se o agente houvesse atuado conforme tal dever, enquanto que a conduta imprudente corresponde ao atuar comissivo do qual o risco decorrente seria evitado se o agente se abstivesse de praticá-lo. A imperícia, por sua vez, equivale à “falta de aptidão técnica, teórica ou prática, para o exercício de uma profissão”.

A preterintencionalidade, por outro lado, corresponde a um conceito jurídico relacionado, não à conduta humana, mas ao próprio fato criminoso. Destarte, não há que se

falar em ações preterintencionais, mas somente em delitos preterintencionais (BRUNO, 1967, p. 76). De acordo com Bettiol (1965, p. 465-466), há preterintencionalidade quando “da ação ou omissão se deriva um evento danoso ou perigoso mais grave do querido pelo agente”. Nesta perspectiva, as infrações preterintencionais ou “mais além da intenção” equivaleriam àquelas nos quais a lesão jurídica progredisse de forma linear, convertendo-se “em mais grave na mesma espécie ou ao menos no mesmo gênero de interesses jurídicos”. Dita relação de progressão entre os diversos eventos que compõem os tipos preterintencionais corresponderia a distintas formas de intensidade da lesão ao bem jurídico tutelado. Assim, por exemplo, admitir-se-ia “a preterintencionalidade entre a lesão e o homicídio”, mas “não entre a lesão e o roubo”. Destarte, nem sempre uma figura típica qualificada pelo resultado equivaleria a um crime preterintencional em sentido estrito, mormente porque determinados resultados qualificadores não apresentariam tal caráter progressivo ou linear da lesão aos bens jurídicos tutelados.

Na ciência doutrinária brasileira, Esther de Figueiredo Ferraz (1948, p. 10) e Miguel Reale Júnior (2004, p. 265) perfilhariam este entendimento. Nélon Hungria (1978, p. 129), por outro lado, afirmara não haver “inconveniente algum em ampliar-se o conceito do delito preterintencional, de modo a abranger não só o caso de um evento único exclusivo, como o do segundo evento involuntário, de espécie diversa do primeiro”. Dita concepção ampla da preterintencionalidade compreenderia todas as infrações cuja consequência mais grave decorresse de uma ação dolosa anteriormente praticada, independentemente da relação progressiva ou linear da lesão aos bens jurídicos tutelados. De todo modo, o fundamento mínimo da preterintencionalidade constituiria o dolo direcionado à produção de um resultado menos grave do que a consequência efetivamente provocada, quando esta última fosse objetivamente previsível. Do contrário, tais figuras típicas remontariam os modelos arcaicos de responsabilidade objetiva.

Com o advento da reforma de 1984, o art. 19 do Código Brasileiro – a exemplo do Código Alemão de 1953 (§ 56) e do Código Espanhol de 1983 (art. 1º) – passou a dispor que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”. Assim como ocorrera no cenário jurídico europeu, a literalidade do citado artigo possibilitaria o entendimento de que o resultado qualificador poderia ser imputado tanto a título de culpa como a título de dolo.

Em linhas gerais, pode-se sintetizar os posicionamentos sustentados no panorama da doutrina científica pátria em três distintas concepções: de um lado, defende-se que os crimes qualificados pelo resultado retratariam a preterintencionalidade em sentido amplo

(HUNGRIA, 1978, p. 129); de outro, sustenta-se que a consequência mais grave poderia ser imputada não apenas a título culposo, mas também a título de dolo eventual (REALE JÚNIOR, 2004, p. 266-267); por fim, há quem defenda, a admissibilidade de imputação da circunstância qualificadora também a título de dolo direto. Neste sentido posicionara-se Esther de Figueiredo Ferraz (1940, p. 90) desde antes da referida reforma. A mencionada autora, entretanto, defendera competir ao Tribunal do Júri o julgamento dos delitos qualificados pelo resultado em cuja estrutura complexa estivesse incorporada uma infração dolosa contra a vida (FERRAZ, 1940, p. 129). Este entendimento, contudo, não prosperou na ciência jurídica brasileira.

É certo, porém, que, ao admitir-se dita concepção da estrutura subjetiva dos tipos qualificados pelo resultado, estar-se-ia concebendo-os como uma “categoria própria de tipificação” (TAVARES, 2003, p. 239), presumindo-se *contra legem* uma unidade jurídica de múltiplas figuras típicas que retrataria, em última análise, uma pluralidade de delitos praticadas em concurso.

Everardo Luna (1985, p. 146-147), não sem razão, argumentara ser “inconcebível que uma só ação possa ser, ao mesmo tempo dolosa e culposa”. Para o citado autor, a culpa correspondente à consequência mais grave “não deve ser considerada como a culpa do crime culposo, isto é, como elemento subjetivo do crime, mas como circunstância judicial subjetiva”. Neste contexto, o referido autor exemplificara que na lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º do Código Penal) não existiriam “dois resultados – lesão e morte – mas um só resultado – morte – porque a lesão é tomada pela lei não no sentido de efeito, de resultado, mas no sentido de causa, de ação”. Diante disto, questionara: “se um só resultado existe, como responder o agente, simultaneamente, a título de dolo e culpa?” (LUNA, 1985, p. 185).

Em semelhante sentido, Aníbal Bruno (1967, p. 77) afirmara não ser exigível a apreciação da culpa “na relação entre o agente e o resultado mais grave”, motivo pelo qual a referência a tal elemento subjetivo apresentar-se-ia “inteiramente arbitrária”. O mencionado autor, todavia, ressaltara – tomando como exemplo o tipo penal acima aludido – que a responsabilidade penal do agente dependeria da possibilidade de “prever que do seu ato pudesse resultar qualquer dos fatos de agravação” (BRUNO, 1972, p. 203).

3 O crime tentado

Em determinadas épocas da história jurídica, a existência do *animus necandi* – propósito de matar – seria suficiente para a responsabilidade penal, ainda que o fato não houvesse alcançado a consumação. No Direito Romano, os atos meramente preparatórios de envenenamento eram punidos da mesma forma que o fato consumado (MOMMSEN, 1905, p. 107). A práxis daquele cenário – no qual estabelecia-se idêntica punição à consumação e tentativa de determinados crimes atroz – alastrou-se ao longo dos séculos posteriores, chegando até o direito penal europeu setecentista. O Código Francês de 1791, por exemplo, estabelecia dois delitos cuja tentativa era punida do mesmo modo que a consumação: o homicídio e o envenenamento (DALBORA, 2009, p. 507-508). Até então, contudo, não existia uma norma geral acerca do instituto.

Como observa Gustavo Camacho (1971, p. 1), no período do iluminismo floresceram as ideias sobre a origem do Estado, notadamente a teoria do contrato social de Rousseau, sob o prisma da qual a subsistência e o progresso da sociedade necessitaria da organização e estruturação jurídica, de modo a possibilitar a coexistência entre os indivíduos que a integram, assim como permitir alcançar os fins que constituem o objeto social. O ordenamento jurídico, portanto, apresentar-se-ia como um sistema limitador da liberdade individual, a fim de permitir a vida social através da imposição de regras comportamentais.

A intervenção punitiva estatal, então, legitimar-se-ia através de normas a partir das quais possibilitaria a responsabilidade penal a título de tentativa, vale dizer, quando o fato criminoso não retratasse todos os elementos constitutivos do tipo penal. Entre o final do século XVIII e o início do século XIX, os primeiros diplomas passariam a regulamentar o processo de imputação do crime tentado através de normas extensivas da tipicidade. No direito francês, em 1796, a Lei do 22 Pradial do ano IV estendera a todos os gêneros de delitos a punição da tentativa quando fosse manifestada por atos exteriores seguidos do início da execução (ZAFFARONI, 1999, p. 413).

Dita exigência do início da execução para o reconhecimento da tentativa punível foi adotada pelo Código Napoleônico de 1810 (art. 2º). Doravante, o referido critério também viria a ser perfilhado por outros diplomas europeus, a exemplo do Código Espanhol de 1822 (art. 5º) e do Código Português de 1852 (art. 6º), assim como por diplomas latino-americanos, dentre estes, o Código Imperial Brasileiro de 1830 (art. 2º) e o Código Mexicano de 1835 (art. 93).

Parafraseando Gustavo Camacho (1971, p. 24), o crime tentado apresenta-se como uma figura jurídica na esfera do *iter criminis*, isto é, o caminho pelo qual percorre o delito, iniciado a partir de sua idealização e finalizado com a respectiva consumação. De acordo com o mencionado autor, o *iter criminis* pode ser estudado sob duas perspectivas: a concepção criminológica – a partir da qual analisa-se a conduta criminosa, não como conteúdo normativo, mas como fenômeno de exteriorização da vontade humana – e a concepção jurídica, com base na qual investiga-se as diversas etapas psicofisiológicas necessariamente percorridas no itinerário delituoso.

O processo generativo da infração apresenta duas fases fundamentais: a fase interna ou subjetiva – ou seja, aquela desenvolvida na esfera psicológica, constituída a partir da idealização do fato criminoso, intercorrida da deliberação dos aspectos positivos e negativos, após a qual sucede a respectiva resolução – e a fase externa ou objetiva, manifestada desde a exteriorização da vontade delituosa até o momento imediatamente anterior à consumação (MALO CAMACHO, 1971, p. 26-29).

À luz do critério subjetivo, a execução do crime iniciar-se-ia com a exteriorização da vontade criminosa através da prática de atos dirigidos à realização do delito. Tal critério foi parcialmente perfilhado pelo Código Italiano, segundo o qual a tentativa configura-se com a prática de atos idôneos inequivocamente dirigidos ao cometimento de uma infração, vale dizer, a punibilidade da tentativa exige não somente a inequivocidade dos atos praticados, mas também a idoneidade destes atos à consumação do crime (BETTIOL, 1965, p. 546). É certo, porém, que dito entendimento implicaria na extensão da tipicidade aos atos meramente preparatórios (HUNGRIA, 1978, p. 79-80).

Para Bettiol (1965, p. 553-554), todavia, seria desnecessário estabelecer um critério formal de distinção entre os atos preparatórios e os atos executórios, afirmando que tratar-se-ia de uma questão terminológica irrelevante para o legislador. Neste contexto, verificar-se-ia a agressão ao bem jurídico tutelado através da prática de um ato concretamente idôneo e inequivocamente dirigido a provocar o evento lesivo descrito no tipo penal. Assim, por exemplo, “o fato de comprar uma arma não é um ato idôneo para ocasionar a morte, mas apenas se faz idôneo quando a arma é usada para realizar o evento lesivo”.

De acordo com o critério objetivo, por outro lado, a tentativa iniciar-se-ia com a atividade na qual o agente desencadearia imediatamente a concretização do delito. Na doutrina científica alemã, Welzel (1956, p. 194-195) defendera que dever-se-ia auferir o início da execução, não sob a ótica de um espectador hipotético que desconhece o plano delituoso (critério objetivo-geral), mas sob o prisma do plano individual do agente (critério objetivo-

individual). Deste modo, por exemplo, se o agente planeja incendiar um imóvel através da instalação de um dispositivo que dependesse de sua ativação por outrem, há que se diferenciar duas hipóteses: se o agente pretendesse que um terceiro de boa-fé, desconhecendo a sua intenção, ativasse acidentalmente tal dispositivo, dever-se-ia considerar ter sido iniciada a execução da infração no momento em que dito dispositivo fosse instalado pelo agente, ao passo que, se o agente planejasse que um coautor da ação criminosa ativasse posteriormente tal dispositivo, dever-se-ia considerar ter sido iniciada a execução do crime no instante em que este último efetivamente ativasse dito instrumento, isto é, considerar-se-ia a instalação do dispositivo pelo agente um ato meramente preparatório.

No direito penal pátrio, por sua vez, Heleno Fragoso (2004, p. 297) afirma prevalecer o critério objetivo-geral, não sendo relevante o plano delituoso do agente. Em linhas gerais, o ato executório equivale àquele que expõe a perigo concreto o bem jurídico tutelado (critério objetivo-material) através da realização de uma conduta idônea à produção do resultado previsto (critério objetivo-formal). É certo, porém, que os atos até então praticados poderiam configurar outro tipo penal independente, isto é, os atos meramente preparatórios poderiam constituir uma figura típica autônoma. Destarte, enquanto a imputação do delito tentado ocorreria de forma indireta ou mediata – através de uma norma extensiva da tipicidade, cuja incidência demandaria o início da execução –, a punibilidade dos atos preparatórios não prescindiria da adequação típica direta, ou seja, da tipificação autônoma de condutas que, por si só, caracterizassem a respectiva consumação.

O processo de imputação do crime, seja a título consumado, seja a título tentado, demanda a análise da estrutura típica não somente sob a perspectiva objetiva, mas também sob a ótica subjetiva. Se, de um lado, a responsabilidade penal pelo fato consumado pode incidir a título de dolo ou culpa, de outro, a configuração da tentativa não prescinde do dolo. A própria expressão “tentar” pressupõe a existência de um objetivo previamente idealizado. Com efeito, não há que se falar em tentativa sem que exista a previsibilidade subjetiva do resultado, vale dizer, ter o agente previsto a possibilidade de produzi-lo.

Destarte, a responsabilidade penal em face da prática uma conduta *dolosa* pode incidir tanto a título de consumação, como a título de tentativa. A estrutura subjetiva do tipo, portanto, permanece inalterada. A diferença entre a subsunção fática a um delito na forma consumada ou tentada remanesce em sua estrutura objetiva que apresenta-se incompleta no último caso (WELZEL, 1997, p. 224). Tecnicamente, portanto a infração tentada corresponde,

não a um “crime de tentativa”, mas a “tentativa de um crime”.⁴ Assim, por exemplo, a tentativa de homicídio inicia-se no momento em que ocorre o perigo concreto à vida humana mediante a prática de uma conduta dolosa e idônea à produção da morte da vítima, finalizando-se no instante em que é produzido este resultado, momento no qual consuma-se o respectivo delito.

No Código Penal Brasileiro, tal como em muitos outros diplomas estrangeiros, existem determinados tipos penais formados a partir da união de múltiplas infrações tipificadas de forma autônoma. Assim, por exemplo, o roubo (art. 157) é formado a partir da associação dos elementos constitutivos do furto (art. 155) e da ameaça (art. 147) ou lesão corporal (art. 129). Tratam-se das denominadas figuras típicas complexas, cujo um dos crimes-membros pode equivaler tanto ao meio teleologicamente vinculado à execução do núcleo do tipo (v.g., no roubo, a ameaça ou a lesão corporal constituem meios através dos quais executa-se a subtração da coisa alheia móvel), como a uma consequência secundária vinculada à execução do delito base (v.g., no aborto qualificado, a morte da gestante corresponde a uma consequência decorrente da prática abortiva).

No primeiro caso, a tentativa configura-se a partir do início da execução do meio teleologicamente vinculado à execução do núcleo do tipo (HUNGRIA, 1978, p. 91), v.g., a tentativa de roubo configura-se a partir do emprego da violência ou grave ameaça visando a subtração do patrimônio. No último caso, entretanto, são enfrentadas maiores dificuldades. Isto porque, embora tratem-se de infrações de estrutura complexa, as figuras típicas cujo um dos crimes-membros equivalem a uma consequência secundária vinculada à execução do delito base constituem, em última análise, tipos qualificados pelo resultado.

Os conceitos jurídicos de infração complexa e crime qualificado pelo resultado, conquanto muitas vezes coincidam em uma mesma figura típica, não são necessariamente vinculados entre si. A lesão corporal de natureza grave (art. 129, §§ 1º e 2º), por exemplo, constitui um delito qualificado pelo resultado, sem, no entanto, tratar-se de um tipo complexo. O mesmo se aplica às infrações preterintencionais (*stricto sensu*), as quais, conforme estudado (cf. supra 2), podem – ou não – corresponder a crimes qualificados pelo resultado. Em linhas gerais, enquanto determinados delitos enquadram-se tanto no conceito de tipo qualificado pelo resultado, como nos conceitos de infração complexa e preterintencional, existem figuras típicas qualificadas pelo resultado que não constituem crimes complexos, assim como nem sempre retratam a preterintencionalidade propriamente dita.

⁴ Existem, por outro lado, crimes de *atentado*, isto é, delitos cuja consumação, por expressa definição legal, prescinde da produção do resultado, a exemplo da evasão mediante violência contra a pessoa (art. 352).

Esta delimitação conceitual é necessária para evitar equívocos na análise do processo de imputação, uma vez que a responsabilidade penal a título de tentativa é incompatível com a preterintencionalidade em sentido estrito. Deste modo, nem todos os delitos qualificados pelo resultado admitem a imputação na forma tentada, mas apenas aqueles que não retratem a preterintencionalidade propriamente dita. Nos demais casos, embora prevaleça o entendimento de ser possível a configuração da tentativa, as diretrizes técnico-interpretativas do respectivo processo de imputação estão longe de ser pacíficas na ciência jurídica.

No cenário brasileiro, Hungria (1978, p. 91) defendera que a configuração da tentativa nestes tipos penais depende da incompletude de ambas as infrações que integram a sua estrutura. Nas palavras do citado autor, “não se pode falar em simples tentativa, desde que um dos crimes membros se consumou”. Assim, por exemplo, a conduta de *tentar* subtrair coisa móvel alheia mediante violência, a partir da qual é provocada a morte da vítima não seria tipicamente adequada ao roubo qualificado pelo resultado morte (art. 157, § 3º), seja na forma consumada, seja na forma tentada. Nestes casos, o referido autor sustenta que a única solução aplicável seria a imputação de uma única figura típica – aquela cuja pena cominada é mais grave – (HUNGRIA, 1978, p. 91).

Por outro lado, na doutrina científica alemã, Welzel (1956, p. 200), não sem razão, argumentara que o delito qualificado pelo resultado seria tentado se o respectivo verbo nuclear não houvesse sido realizado, conquanto da ação decorresse a produção do resultado mais grave. Assim, na hipótese anteriormente exemplificada, o resultado morte decorrente da violência empregada na tentativa de subtração de bem móvel alheio caracterizaria o roubo qualificado pelo resultado morte na forma tentada. Esta solução, embora aparente ser inconcebível, apresenta perfeita conformidade com a interpretação técnica. Isto porque, tratando-se de uma norma extensiva da tipicidade, a configuração da tentativa ocorre a partir da incorporação do verbo “*tentar*” ao núcleo do tipo. Destarte, a adequação típica ocorreria com a produção do resultado qualificador a partir da *tentativa* de execução do verbo nuclear.

Com efeito, a imputação das infrações qualificadas pelo resultado – seja na forma consumada, seja na forma tentada – demandaria a efetiva produção do resultado qualificador. A configuração da consumação ou tentativa nos mencionados crimes dependeria da realização – ou não – do núcleo do tipo que integra a estrutura do delito base: consumada seria a infração cujos elementos constitutivos correspondem integralmente às circunstâncias do fato concreto; tentado seria o crime cujo núcleo típico não é realizado, conquanto da *tentativa* de realizá-lo decorresse a produção do resultado mais grave. Este entendimento, contudo, não prosperou na ciência jurídica brasileira.

4 Os paradoxos do direito contemporâneo

No direito brasileiro contemporâneo, talvez a maior crítica que recai sobre os delitos qualificados pelo resultado funda-se na desproporcionalidade das respectivas penas. Tome-se como exemplo o latrocínio (art. 157, § 3º), cuja pena fora majorada por força da Lei 8.072/1990, a partir da qual passou a ser cominada entre vinte a trinta anos de reclusão. Segundo a doutrina majoritária, a estrutura complexa da mencionada infração é formada a partir da união do roubo (art. 157) e do homicídio (art. 121). Convém recordar, no entanto, que a figura típica dolosa cujos elementos objetivos equivalem àqueles definidos como circunstância qualificadora prevaleceria sobre esta última, porquanto representaria um crime especial sob a perspectiva de sua estrutura subjetiva (WELZEL, 1997, p. 87). Destarte, a imputação do tipo qualificado pelo resultado quedaria frustrada ante a existência do *animus necandi*. Tecnicamente, portanto, seria correto afirmar que a estrutura complexa do latrocínio é formada a partir da associação dos elementos constitutivos do roubo (art. 157) e do homicídio culposo (art. 121, § 3º).

À vista disto, tem-se que a soma das penas máximas cominadas para os respectivos delitos totalizaria treze anos de reclusão. Ainda que se considere a imputação de ambas as infrações na forma majorada (art. 157, § 2º c/c art. 121, § 4º), a soma das penas máximas não ultrapassaria dezenove anos de reclusão. Análoga desproporcionalidade ocorre na aplicação da pena a título de tentativa: a sanção aplicável ao latrocínio na forma tentada (art. 157, § 3º c/c art. 14, II) poderia alcançar vinte anos de reclusão; por outro lado, a soma das penas aplicáveis aos respectivos crimes membros – considerando a imputação do roubo na forma tentada (art. 157 c/c art. 14, II) e do homicídio culposo na forma consumada (art. 121) – sequer alcançaria o patamar de doze anos de reclusão. No máximo – considerando a imputação do roubo majorado na forma tentada (art. 157, § 2º c/c art. 14, II) e do homicídio culposo na forma majorada (art. 121, § 3º) – totalizaria quatorze anos de reclusão.

A malferida desproporcionalidade punitiva decorre, dentre outros fatores, da alienação técnica do político. Este fenômeno, não raramente presente no cenário brasileiro, correlaciona-se com os discursos sensacionalistas difundidos nas comunicações de massa, quase sempre redundantes em banalidades, desprovidas de qualquer fundamento jurídico.⁵ Como bem pontua Zaffaroni (2005, p. 74), “um discurso jurídico-penal é uma elaboração

⁵ Sobre o fenômeno da alienação técnica do político, cf. Zaffaroni (2005, p. 76-77).

intelectual que é oferecida ao poder judicial como projeto de jurisprudência coerente e não contraditória, adequada às leis vigentes”, sobretudo às normas constitucionais.

A maior severidade punitiva das figuras típicas qualificadas pelo resultado, todavia, apresenta-se, de certa forma, à margem da ciência jurídica.⁶ Sobre o assunto, afirma Juarez Tavares (2003, p. 239-242) que estar-se-ia concebendo as citadas infrações “como se constituíssem uma categoria própria de tipificação em que, por circunstâncias puramente de política criminal, fossem ignoradas as regras atinentes aos delitos de origem”. De acordo com o referido autor, as disparidades punitivas violariam o “princípio da proporcionalidade, segundo o qual para resultados danosos idênticos deve-se seguir a mesma consequência penal”.

Com efeito, a essência dos tipos qualificadas pelo resultado permanece impregnada dos vestígios do *versari in re illicita*, cuja erradicação demandaria a revogação dos mencionados crimes (HORMAZÁBAL MALAREE, 1989, p. 1024). À míngua desta iniciativa por parte do legislador, contudo, resta à ciência jurídica, ao menos, traçar as diretrizes do processo de imputação de forma dogmaticamente coerente.

Se, de um lado, existe certa controvérsia acerca da imputação das figuras típicas qualificadas pelo resultado a título de tentativa, de outro, a redação legal do Código Brasileiro é bastante clara e objetiva quanto à consumação do fato criminoso: consumado é o delito no qual “se reúnem todos os elementos de sua definição legal” (art. 14, I). Com efeito, não há que se discutir a literalidade normativa: ou o fato corresponde integralmente aos elementos constitutivos do tipo penal e têm-se uma infração consumada, ou as circunstâncias fáticas são insuficientes para tanto. Especificamente tratando-se do roubo qualificado pelo resultado morte (art. 157, § 3º), entretanto, são enfrentadas maiores dificuldades.

Em 1984, o Pretório Excelso consolidara, através da Súmula 610, o entendimento de que “há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”. Com base nisto, ascendeu na doutrina jurídica brasileira a tese de que a consumação da citada figura típica independeria da execução do verbo nuclear – *subtrair* – que integra a estrutura do delito base.

⁶ Na exposição de motivos da Lei 8.072/1990, por força da qual foram majoradas as sanções cominadas para determinados crimes qualificadas pelo resultado, justificou-se que a maior severidade punitiva visaria coibir algumas “das atividades delituosas mais nefastas e que cresce dia a dia em qualidade e quantidade”. Dentre outros argumentos, afirmou-se que o aumento da pena destinar-se-ia “a desestimular os eventuais criminosos”, sobretudo no crime de sequestro que estaria “frequentemente associado a outros, como tráfico de drogas” (BRASIL, 1990, p. 2112).

No entanto, a partir de uma análise pormenorizada dos respectivos precedentes, percebe-se que a redação sumular foi interpretada de modo extensivo, idealizando-se um entendimento que ultrapassa os próprios fundamentos. Convém ressaltar que a orientação sumulada não afirma ser prescindível a subtração para a *consumação* do latrocínio, mas somente para a imputação do referido tipo penal. Neste ponto, o entendimento firmado apresenta perfeita conformidade com a interpretação técnica da lei penal: há, de fato, crime de latrocínio; o enunciado sumular, todavia, não ingressa no mérito da tentativa ou consumação. Isto, inclusive, consta expressamente em precedentes jurisprudenciais que consolidaram-no: “quer se considere que o latrocínio já se consumou, quer se entenda que ele foi simplesmente tentado – essa questão não está em causa no presente recurso – a competência para o processo e julgamento é do juiz singular” (BRASIL, 1978).

A configuração da tentativa nas infrações qualificadas pelo resultado, conforme estudado (cf. supra 3), deve ser baseada na incorporação do verbo “*tentar*” ao núcleo do tipo que integra a estrutura do delito base. Existe, nestes casos, uma única ação correspondente ao crime base – v.g., provocar aborto (art. 125) – da qual decorre uma consequência mais grave. Com efeito, a imputação das mencionadas figuras típicas – seja a título de tentativa, seja a título de consumação – demandaria a efetiva produção do resultado qualificador. Em recentes julgados, inclusive, o Pretório Excelso posicionou-se no sentido de ser “impossível a punição por tentativa de latrocínio, quando o homicídio não se realize” (BRASIL, 2008).

Havendo, por outro lado, uma pluralidade de atos cometidos com desígnios autônomos – um dirigido à consumação do delito base e outro à consecução do resultado qualificador –, “não ocorre um crime qualificado pelo resultado, mas dois crimes” (REALE JÚNIOR, 2004, p. 266), mormente se um dos desígnios consiste no *animus necandi*, situação na qual prevaleceria a imputação do homicídio doloso (art. 121). Do contrário, não apenas se presumiria *contra legem* uma unidade jurídica de múltiplas infrações praticadas em concurso, como se furtaria a competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes *dolosos* contra a vida (art. 5º, XXXVIII), dentre os quais não estariam compreendidos os tipos qualificados pelo resultado morte, inclusive em face da posição topográfica que ocupam no diploma vigente. Isto porque a existência de *animus necandi* seria incompatível com o julgamento dos citados delitos pelo juiz singular, notadamente porque a imputação do resultado morte a título de dolo equivaleria à incorporação do homicídio doloso (art. 121) à estrutura complexa da figura típica qualificada pelo resultado, motivo pelo qual não haveria sentido em suprimi-la da competência do Tribunal do Júri.

Conclusão

As controvérsias decorrentes da manutenção dos crimes qualificados pelo resultado no ordenamento jurídico sempre existiram. Na medida em que a técnica jurídico-penal evolui e o político, de acordo com os seus interesses, acompanha o desenvolvimento dogmático no que lhe for oportuno, somente mudam-se os parâmetros sob a perspectiva dos quais se discute as vicissitudes do sistema legal. De fato, a absoluta observância aos princípios básicos do direito penal demandaria a completa extirpação destas infrações do ordenamento jurídico. À minguada desta iniciativa por parte do legislador, contudo, recai sobre a ciência dogmática hodierna – assim como ocorrera no cenário novecentista – a tarefa de interpretá-las em conformidade com tais postulados.

A produção da consequência mais grave deve ser compreendida como uma reprovação penal baseada no perigo jurídico decorrente de uma conduta que transcende a esfera da imprudência *stricto sensu*. Destarte, enquanto a reprovabilidade da ação imprudente propriamente dita funda-se na inobservância ao dever de cuidado, a reprovabilidade da conduta causadora do resultado qualificador funda-se no risco de sua produção decorrente da manifestação da vontade dirigida à consecução do delito base. Neste prisma, a previsibilidade objetiva da consequência mais grave deve ser concebida como limite positivo à imputação dos referidos tipos penais. Deste modo, a imputação do resultado – assim como ocorre nos crimes culposos propriamente ditos – demanda a possibilidade de prever a sua produção.

A exigência da previsibilidade objetiva, no entanto, não há de ser confundida com o conceito de culpa *stricto sensu*, notadamente porque o resultado superveniente mais grave não decorre da inobservância ao dever de cuidado objetivo, mas representa uma consequência de uma conduta dolosa que ultrapassa a intenção do agente. À vista disto, a estrutura subjetiva da infração qualificada pelo resultado esgota-se no elemento volitivo da ação criminosa. Apenas sobre esta – e não sobre o resultado – recai o juízo de valor subjetivo. Com efeito, ao menos tecnicamente, não há que se falar em dolo ou culpa em relação ao desdobramento causal. A culpa *stricto sensu*, portanto, não estaria compreendida na esfera de imputação da circunstância qualificadora. Outro não poderia ser o entendimento, mormente porque o próprio legislador estabeleceu no art. 18, II, as hipóteses de responsabilidade penal a título de culpa, em cujas espécies – negligência, imprudência e imperícia – não incorre aquele que pratica uma ação dolosa da qual decorre consequências supervenientes que ultrapassem a sua intenção.

Sob uma ótica mais pragmática, por outro lado, seria possível falar em culpa na produção da consequência mais grave, desde que se entenda como tal, não a culpa propriamente dita, mas uma culpa derivada da violação da lei penal, a exemplo do que ocorre nos delitos preterintencionais. Por certo, tal discussão carece de utilidade prática, uma vez que resumir-se-ia a mera controvérsia terminológica. A exigência – ou não – de culpa na produção do resultado qualificador em nada modificaria o fato de que demanda-se a previsibilidade objetiva da consequência mais grave. Do contrário, o processo de imputação restaria prejudicado em face da garantia da culpabilidade, na medida em que o agente não poderia ser responsabilizado penalmente em virtude da mera causalidade objetivamente imprevisível, a ponto de menosprezar-se o desvalor subjetivo da ação criminosa.

Por outro lado, a possibilidade de subsunção a uma figura típica dolosa cujos elementos objetivos correspondessem àqueles definidos como circunstância qualificadora deve ser interpretada como limite negativo à imputação do tipo qualificado pelo resultado, na medida em que a primeira constituiria uma infração especial sob a perspectiva da estrutura subjetiva e, portanto, prevaleceria sobre este último crime. Quer se entenda o conceito de preterintencionalidade em sentido estrito – restrito à lesão corporal seguida de morte –, quer se entenda em sentido amplo – alcançando os demais delitos qualificados pelo resultado –, não há que se falar em dolo na produção da consequência mais grave, salvo se o *minus delictum* consista no meio através do qual consumir-se-á o *major delictum*, sem que isto configure outra figura típica autônoma.⁷ Em regra, a infração qualificada pelo resultado retrata uma conduta dolosa da qual decorre um resultado objetivamente previsível e não intencional – ou, o que vem a ser o mesmo, uma conduta dolosa da qual decorre um resultado causado “culposamente”, embora esta terminologia seja tecnicamente incorreta.

Por conseguinte, não há que se falar em tentativa nos casos em que o resultado qualificador não fosse produzido por circunstâncias alheias à vontade do agente. A configuração da tentativa nos crimes qualificados pelo resultado deve ser baseada na incorporação do verbo “tentar” ao núcleo do tipo que integra a estrutura do delito base. Destarte, a adequação típica ocorreria com a efetiva produção do resultado qualificador a partir da *tentativa* de execução do verbo nuclear. Assim, a infração qualificada pelo resultado seria tentada – e não consumada – se o núcleo do tipo não houvesse sido realizado, conquanto da ação decorresse a produção do resultado mais grave.

⁷ Nos crimes tipificados no art. 129, §§ 1º e 2º, a maior gravidade da lesão poderia ser causada de modo diretamente intencional, sem que houvesse outro tipo penal com descrição correspondente à circunstância qualificadora, v.g., a ação de amputar intencionalmente um membro da vítima não se subsumiria a outra figura típica senão aquela descrita no art. 129, § 2º, inc. III.

A orientação consolidada na Súmula 610 da Suprema Corte não afirma ser prescindível a subtração para a consumação do latrocínio, mas somente para a imputação da mencionada figura típica. Neste ponto, o entendimento firmado apresenta perfeita conformidade com a interpretação técnica da lei penal: há, de fato, crime de latrocínio; o enunciado sumular, todavia, não ingressa no mérito da tentativa ou consumação. Isto, inclusive, consta expressamente em precedentes que consolidaram-no. Com efeito, a imputação dos delitos qualificados pelo resultado – seja na forma consumada, seja na forma tentada – demanda a efetiva produção do resultado qualificador. Este entendimento, inclusive, vem sendo adotado em recentes julgados do Pretório Excelso. A configuração da consumação ou tentativa nas citadas infrações dependerá da realização – ou não – do núcleo do tipo penal que integra a estrutura do crime base: consumado é o delito cujos elementos constitutivos correspondem integralmente às circunstâncias do fato concreto; tentada é a infração cujo núcleo do tipo não é realizado, embora da *tentativa* de realizá-lo decorra a produção do resultado mais grave.

A pluralidade de atos cometidos com desígnios autônomos – um dirigido à consumação do crime base e outro à consecução do resultado qualificador – configura o concurso de delitos, sobretudo se um dos desígnios consiste no *animus necandi*, situação na qual prevalece a imputação do homicídio doloso (art. 121). Do contrário, não apenas se presumiria *contra legem* uma unidade jurídica de múltiplas infrações, como se furtaria a competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII), dentre os quais não estariam compreendidas as figuras típicas qualificadas pelo resultado morte, inclusive em face da posição topográfica que ocupam no diploma vigente. Isto porque a existência de *animus necandi* seria incompatível com o julgamento dos referidos delitos pelo juiz singular, notadamente porque a imputação do resultado morte a título de dolo equivaleria à incorporação do homicídio doloso (art. 121) à estrutura complexa da infração qualificada pelo resultado, razão pela qual não haveria sentido em suprimi-la da competência do Tribunal do Júri.

Se, de um lado, o problema da desproporcionalidade punitiva dos mencionados crimes remanesce irresolvido, de outro, a coerência dogmática das diretrizes técnico-interpretativas do processo de imputação prescinde de iniciativa política. Em meio a tantos paradoxos presentes no direito penal contemporâneo, cabe à ciência jurídica romper os paradigmas que os sustentam, a fim de mitigar as vicissitudes do sistema legal.

Referências

- BETTIOL, Giuseppe. **Derecho Penal**: parte general. Bogotá: Themis, 1965.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRASIL. Exposição de motivos da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 18 maio 1990. Seção 2, p. 2112.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas corpus n. 56.171/RJ. Relator Ministro Cordeiro Guerra. Brasília, 15 ago. 1978. Diário de Justiça de 22 set. 1978.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas corpus n. 91.585/RJ. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 16 set. 2008. Diário de Justiça de 19 dez. 2008.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 1972. t. IV.
- _____. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II.
- CEREZO MIR, José. **El versari in re illicita en el Código Penal Español**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madri, p. 47-60, jan-abr. 1962.
- DALBORA, José Luis Guzmán. **El Código Penal Francés de 1791**. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, p. 481-517, jan-jun. 2009.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código penal español de 1980**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madri, p. 627-649, set-dez. 1982.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. **Os delitos qualificados pelo resultado no regime do código penal de 1940**. 139 p. Tese de livre-docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1948.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La causalidad en Derecho Penal**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madri, p. 543-579, set-dez. 1962.
- HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. **Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madri, p. 1021-1049, set-dez. 1989.
- HUNGRIA, Néilson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. II.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madri, maio-ago. 1983.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal**: la ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, 1997.

LOPEZ DÍAZ, Claudia. **Código Penal Alemán (StGB)**: del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985.

MALO CAMACHO, Gustavo. **Tentativa del Delito**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**: parte general. Montevidéo: B de F, 2007.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1956. t. I.

MOMMSEN, Théodore. **El Derecho Penal Romano**. Madri: La España Moderna, 1905. 2 v.

PEREDA, Julian. **Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madri, p. 213-227, maio-ago. 1956.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992. t. II.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TORÍO LÓPEZ, Angel. **“Versari in re illicita” y delito culposo**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madri, p. 17-43, jan-abr. 1976.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

_____. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: B de F, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005.

_____. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. III.

_____. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1999. t. IV.