

A propósito da aberratio ictus

Paulo Queiroz

CASO. Clarice de tal, residente no município de Ipirá, Bahia, deliberou, em razão dos maus-tratos sofridos e constantes ameaças de morte, matar seu companheiro, Luís José de tal. Para tanto, deu-lhe uma refeição, acondicionada em vasilha plástica, composta de farinha e carne, sendo que, ao prepará-la, adicionou-lhe uma colher de chá do veneno conhecido por "chumbinho". Posteriormente, Luiz José encontrou os seus filhos Rogério, 7 anos, e Gilvânia, 12 anos, aos quais entregou a marmita, a fim de que a levassem para casa, em razão de não haver serviço naquele dia. Ocorreu que os menores, antes de chegarem à residência, comeram a refeição e, em conseqüência, agonizaram até a morte. Presa, Clarice foi denunciada pelo Ministério Público Estadual pelo crime do art. 121, §2º, III, c/c os arts. 61, II, "f", e 73, todos do Código Penal (homicídio doloso qualificado e agravado)

Como é sabido, o Código Penal de 1940 consagrou, no particular, a teoria da equivalência⁽¹⁾, hoje minoritária, segundo a qual é irrelevante que o dolo se concretize em pessoa diversa da pretendida, uma vez que, sendo tipicamente equivalentes os resultados (matar o companheiro ou matar os filhos), o autor deve responder por crime único, crime consumado⁽²⁾. Dito mais claramente: quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela (CP, art. 73), motivo pelo qual não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime (art. 20, §3º).

De acordo com o Código Penal, portanto, que se utiliza claramente de uma ficção, Clarice responderá por crime de homicídio consumado contra Luís José (qualificado e hediondo, em razão do emprego de veneno) dolosamente, ainda que, de fato, tivesse matado seus próprios filhos culposamente.

Semelhante solução é evidentemente antigarantista e francamente desproporcional.

Em primeiro lugar, a teoria da equivalência consagra resquício próprio de um direito penal do autor⁽³⁾, devendo ser repudiada. Sim, porque, para ela, não importa, ou só importa secundariamente, o fato efetivamente praticado pelo autor, mas aquele que pensou ou pretendeu praticar. Não interessa, por conseguinte, que Clarice tenha matado os próprios filhos, que, presumivelmente, amava, mas o companheiro que, certamente, odiava. Numa palavra, para a lei, não importa que tenha matado os filhos culposamente, mas que tenha pretendido matar seu companheiro dolosamente. Privilegia-se, pois, uma ficção em prejuízo da trágica realidade.

Em segundo lugar, tal solução é, a todas as luzes, desproporcional. Com efeito, não é razoável que alguém que tenha se envolvido em semelhante tragédia, que, possivelmente, mais necessita do perdão do que do castigo, responda por um crime de homicídio doloso consumado e qualificado (CP, art. 121, §2º, III) – logo, hediondo – sujeito, em consequência, a uma pena de 12 a 30 anos de reclusão. Note-se que, embora não preveja aumento de pena, a solução adotada é mais gravosa para o agente, uma vez que a pena do homicídio consumado é superior à pena resultante do concurso material da tentativa de homicídio (contra Luís José) e do homicídio culposo (contra os filhos).

É bem verdade que, na hipótese de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, responde o agente em concurso formal (CP, art. 73, final), com o respectivo aumento de um sexto até metade (art. 70) e que a pena não poderá exceder a que seria cabível pela regra do concurso material (art. 70, parágrafo único), mas, desgraçadamente, nada disso tem o condão de corrigir a injustiça da disciplina legal conferida à *aberatio*.

Mais razoável, portanto, seria que, adotada, no particular, a teoria da concretização (ou concreção), hoje majoritária, Clarice respondesse unicamente pelo que de fato fez, e não pelo que pretendeu fazer: matar culposamente seus próprios filhos – com a possibilidade de concessão do perdão judicial (CP, art. 121, §5º), inclusive - e homicídio tentado contra seu companheiro, se se entender que, *in casu*, houve *início dos atos de execução* (CP, art. 14, II), relativamente a este.

Finalmente, outra deveria ser a disciplina legal a respeito, também porque a *aberatio ictus* não é uma figura jurídica autônoma, mas um caso especial de desvio do curso causal e que, por isso, há de ser tratada conforme as regras deste⁽⁴⁾.

Convém dizer, por último, que, a despeito da solução consagrada pelo legislador, pode o juiz, por meio de uma interpretação conforme a Constituição, adotar este entendimento, de modo a que o agente responda por dois crimes, em concurso material: homicídio culposo contra os filhos e homicídio doloso tentado contra o companheiro, porque ao legislador não é dado transformar, sem mais, e em prejuízo do réu, em doloso um crime culposo, nem em consumado um crime simplesmente tentado.

Notas

01. Esta teoria considera que o dolo só deve abranger o resultado típico quanto aos elementos determinantes de sua espécie: A quis matar uma pessoa (B) e realmente matou uma pessoa (C), de sorte que o desvio do curso causal não tem influência no dolo, devido à equivalência típica dos objetos, havendo, assim, homicídio consumado. Já para a teoria da concreção (ou concretização), o dolo pressupõe sua concretização num determinado objeto, motivo pelo qual, se o agente atinge pessoa diversa da pretendida, não age com dolo quanto à pessoa realmente atingida. Logo, se pretendia matar B, vem a atingir C, responde, segundo esta teoria, por homicídio tentado contra B e homicídio culposo contra C, cf. Roxin, Derecho Penal, p. 492, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

02. A Exposição de Motivos do Código de 1940 dispunha que "no art. 53, é disciplinada a *aberatio ictus seu actus*, que eventualmente pode redundar em concurso de crimes. O projeto vê na *aberatio* uma unidade substancial de crimes, ou seja, um só crime doloso (absorvida por este a "tentativa" contra a pessoa visada pelo agente), ou, no caso de ser também atingida a pessoa visada, um concurso formal de crimes. Na primeira hipótese, o erro sobre o "objeto material" (e não sobre o "objeto jurídico") é 'acidental' e, portanto, irrelevante. Na segunda hipótese, a solução dada se justifica pela 'unidade' da atividade criminosa. Vê-se, desta maneira, que o Código abraçou a orientação dos que entendem que deve ser dado idêntico tratamento penal quer ao *error in persona*, quer à *aberatio ictus*". A Nova Parte Geral manteve, no essencial, a disciplina do Código de 40, prevendo, apenas, que a pena nunca poderá exceder àquela que seria cabível no caso de concurso material. Declara expressamente (item 57) que "a inovação contida no parágrafo único do art. 70 visa a tornar explícita que a regra do concurso formal não poderá acarretar punição superior a que, nas mesmas circunstâncias, seria cabível pela aplicação do cúmulo material. Impedese, assim, que na hipótese de *aberatio ictus* (homicídio doloso mais lesões culposas), se aplique ao agente pena mais severa, em razão do concurso material. Quem comete mais de um crime mediante uma única ação não pode sofrer pena mais grave do que a imposta ao agente que, reiteradamente, com mais de uma ação, comete os mesmos crimes".

3-No sentido de que se trata de previsão legal de responsabilidade objetiva, Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, p. 274/5, RT, S. Paulo, 2002.

04. Roxin, *idem*, p. 495.

FONTE: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4555>