

## FUNCIONALISMO E DOGMÁTICA PENAL: ENSAIO PARA UM SISTEMA DE INTERPRETAÇÃO

Eugenio Pacelli<sup>203</sup>

**SUMÁRIO:** 1 - As questões e os problemas. 2 - Funcionalismo teleológico e reconfiguração da dogmática penal. 3 - Sistema de direitos fundamentais e proibição de excesso: a) O resultado morte culposa no latrocínio (art. 157, §3º, CP); b) erro quanto à pessoa na *aberratio ictus* (art. 73, e art. 20, §3º, CP); c) A unidade do crime no infanticídio (art. 123, CP) e a participação. 4 - Referências bibliográficas.

### 1 AS QUESTÕES E OS PROBLEMAS

1. Este pequeno ensaio, cujo conteúdo, certamente, tangenciará grandes pretensões, tem um objetivo bem mais modesto. Não se insinuará qualquer articulação em torno de um novo sistema penal; tampouco levantará novas objeções àqueles já consagrados. No entanto, propõe-se aqui uma pauta mínima de interpretação para a aplicação do Direito Penal, a partir das premissas já consolidadas no dia a dia de um Estado de Direito, no âmbito de uma filosofia *garantista* do Direito e do Processo Penal, na dupla perspectiva do minimalismo para a tutela penal dos direitos fundamentais.

Nesse passo, fez-se, então, uma escolha, que se pode definir como *metodológica*. Adiante-se, contudo, que o *funcionalismo penal*, aqui abordado em apenas um de seus aspectos principais, não será propriamente um *marco teórico*, no sentido de fundamentar e justificar as preferências do trabalho, bem como suas conclusões. Nada obstante, ele atuará como *ponto de referência* para a construção de soluções de casos concretos, na tentativa de demonstrar a fecundidade de um sistema de interpretação, elaborado, não só nos limites normativos da Constituição e da filosofia política do Estado de Direito, mas como alternativa ditada pelo próprio sistema penal. É dizer: enquanto Claus Roxin, após elaborar seu sistema *teleológico-racional funcional*, levando questões de Política Criminal (funções da

---

<sup>203</sup> Graduado em Direito pela UFMG, Mestre em Ciências Penais pela UFMG e Doutor em Ciências Penais pela UFMG. Procurador Regional da República no Distrito Federal, membro do Ministério Público Federal e professor do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP.

pena) para o interior da Dogmática, alerta para os riscos de decisões contrárias à lei, repudiando-as, ainda quando aceitáveis do ponto de vista da citada política criminal, pretende-se aqui discutir com maior profundidade a hermenêutica das incriminações, com a desconstrução, se necessário, da primazia do texto, inerente a olhares *positivistas*, se e quando em *descompasso* com o contexto.

Roxin, como se sabe, articula um sistema penal *orientado para as conseqüências*, referidas, então, às premissas valorativas que se encontram no seu (sistema) ápice. Seu *funcionalismo* seria teleológico e racional na medida em que a aplicação do Direito Penal estaria condicionada - *também, mas não só* – à finalidade da pena pública, segundo a justificativa anteriormente adotada (política criminal).

Portanto, embora façamos referência ao *funcionalismo penal*, enquanto sistema penal construído a partir das necessidades regulativas do Direito, sem subordinação a conceitos pré-jurídicos ou dotados de imutabilidade universal (ontologia – o *ser* como limite ao *dever ser*), é apenas o sistema de Claus Roxin que melhor se ajustará às soluções hermenêuticas aqui sugeridas. Mas, que já se antecipe: não nos afastaremos da Lei; buscaremos apenas orientar a sua interpretação *dentro* do sistema geral de incriminações.

Cumprе assentar, já aqui, que as soluções alcançadas nos casos escolhidos não se justificarão com base em eventuais *funções* do direito penal, mas na *limitação* de sua aplicação, como exigência do Estado constitucional brasileiro. Inevitavelmente, então, se exercerá *controle de validade de normas*, sem o recurso, porém, à abstração de princípios constitucionais específicos (dignidade humana, por exemplo), mas, sim, aos *postulados* inerentes ao nosso modelo político. Por quê, então, a referência ao funcionalismo? Simples: a ideia de um sistema (qualquer sistema valorativo) subordinado a um permanente controle quanto – e quando da – à sua aplicação, fundado, como preferimos, na *falibilidade intrínseca* de todo pensamento e práticas sistemáticas, é particularmente atraente no universo jurídico, na medida em que o legislador – criador do direito positivo – padece de infindáveis limitações técnicas, além de insuperáveis *déficits* de legitimação (especificamente quanto às escolhas e métodos de incriminação).

Embora um estudo mais amplo da questão nos conduza a inúmeras problematizações, particularmente no que toca à Parte Especial do nosso Código Penal, ficaremos aqui, e por ora, com apenas três tipos penais, submetendo à crítica

quanto ao sentido usual na sua aplicação: a) o resultado morte (e lesão corporal grave) por conduta *culposa* no crime de latrocínio (art. 157, §3º, CP); b) o erro quanto à pessoa na *aberratio ictus* (art. 20, §3º, CP); e, por fim, c); o conceito de *unidade do crime* no delito de infanticídio (art. 123, CP) e a participação.

Serão apenas alguns exemplos de como é possível, e necessário, vincular nosso sistema penal a pautas mínimas de interpretação, a partir da delimitação minimalista, mas efetiva, da intervenção penal.

## 2- FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO E RECONFIGURAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL

2. Na apresentação que fizemos à tradução nacional do *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage*, de Günther Jakobs, compreendendo a Teoria do Injusto Penal e a Culpabilidade, publicado pela Editora Del Rey sob o título *Tratado de Direito Penal – Teoria do delito e culpabilidade*,<sup>204</sup> assentamos pequenas notas acerca das principais objeções metodológicas levantadas pelo *funcionalismo* ao *finalismo*. Tais questões não trazem maiores novidades. Valeremo-nos delas apenas para introduzir nossa tematização, dispensando-nos de uma *reescrita* do texto.

Welzel, como é de conhecimento notório, firmou sua convicção a partir da necessidade de se contextualizar o sentido de *ação* do ponto de vista de sua repercussão no âmbito social, o que somente seria possível pelo reconhecimento da prevalência da *vontade* sobre o *resultado* obtido pela *ação*. Assim, *ação* seria um comportamento *dirigido* pela vontade do autor, que, controlando o curso causal do agir, se conduziria segundo sua *finalidade*. A ideia de *ação* como mera *causação*, como propugnava o *causalismo*, não ofereceria qualquer contribuição em relação à sua danosidade social e nem mesmo nos principais aspectos da epistemologia jurídico-penal; afinal, visto as coisas unicamente pelo lado da produção do resultado, até mesmo o fato de dar à luz a um assassino seria *ação causal* para o crime (futuro) de matar alguém.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> Edição 2009, vii a xxv. Tradução feita por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, com revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto.

<sup>205</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução espanhola de José Cerezo Mir, vertida para o português por Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.36.

A base, portanto, do sistema da *ação final*, ou do *finalismo*, residia em um conceito pré-determinado de *ação*, no qual o conteúdo da vontade (o querer) não poderia ser dissociado do *ato produzido*, de tal maneira que toda ação, *ontologicamente*, isto é, como essência de seu *ser*, deveria ser definida como o *agir finalisticamente orientado*, em razão do *conhecimento* prévio e, assim, do controle (pelo homem) do curso causal do comportamento humano.

Em conseqüência disso, não se poderia prosseguir compreendendo o dolo e a culpa senão como integrantes do próprio tipo penal, que, retirados da culpabilidade, determinariam o *tipo doloso* e o *tipo culposo*, com exclusão de um (doloso), na ausência de dolo e imputação pelo outro (culposo), se previsto em Lei, nas hipóteses de erro sobre as elementares e circunstâncias do tipo, quando não escusável.<sup>206</sup>

Sem adentrar as especificidades e eventuais inconsistências sistemáticas e conceituais do finalismo, importa salientar que os sistemas penais que a ele se seguiram, se caracterizaram exatamente pela rejeição a este conceito *ontológico de ação*, enquanto categoria pré-determinada e subordinante de todo o sistema penal, na medida em que uma estruturação dogmática já previamente vinculada a dados imutáveis – o conceito de ação – poderia não oferecer resultados compatíveis com a *fundamentação* do respectivo sistema, pelo menos em alguns casos, perceptíveis por simples dedução.

De todo modo, pode-se mesmo afirmar que todo sistema de conhecimento, ao menos enquanto organizado como tal (sistema), não pode manter-se desatrelado de suas finalidades ou das valorações (nos sistemas culturais e sociais) que o fundaram, sob o risco de se afastarem de sua legitimação material, que não pode ser obtida unicamente por meio de procedimentos dedutivos, próprios de um certo tipo de lógica formal.

É nesse cenário que surge o *funcionalismo penal*, que, em quaisquer de suas vertentes, parte da rejeição do conceito final de ação e afirma a prevalência das necessidades regulativas do sistema, para fins de estruturação da dogmática

---

<sup>206</sup> Naturalmente não se pode afirmar que a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade seja devida unicamente ao finalismo, pois mesmo as teorias que imediatamente se seguiram ao finalismo, como síntese entre as concepções neo-clássicas (as causais e outras, com variações conceituais) e finalistas, bem como a evolução histórica da culpabilidade (normativa) já apontavam nesse sentido. (Cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 203 e seguintes).

jurídico-penal. De tal modo isso ocorre que a perspectiva *naturalista* dos sistemas anteriores se vê superada por uma concepção essencialmente *normativista* do Direito Penal, que termina, inclusive, por diminuir intensamente a importância dos tradicionais métodos de apuração do nexo causal – quando não por afastá-lo completamente – a partir do estabelecimento de critérios de *imputação objetiva* da ação e do resultado. Abandona-se, portanto, sobretudo em Jakobs, a problemática busca *causal* do resultado, substituída pela descoberta (dele, resultado) segundo orientações normativas, sob a perspectiva, então, de uma teoria do *risco*, tendo como ponto de partida a permissão ou proibição de criação desse risco pelo ordenamento, e a relevância da conduta do agente em relação à produção (incremento do risco) do resultado.<sup>207,208</sup>

3. Claus Roxin, ao contrário de G. Jakobs, elabora um sistema penal de conteúdo essencialmente valorativo, cuja principal característica reside na subordinação de todos os elementos (tipicidade, ilicitude etc.) e categorias (assim, por exemplo, o conceito de autoria, de participação etc) do delito às determinações da política-criminal que justificaram a adoção deste ou daquele Direito Penal.

Após alertar para os riscos do pensamento sistemático de corte dedutivo, isto é, daquele que busca as soluções de problemas concretos unicamente dentro do próprio sistema, por meio de deduções de regras gerais (até o caso particular), Roxin propõe um modelo de controle da operatividade (aplicação) do sistema penal, submetendo as soluções então oferecidas (pelo sistema) aos casos concretos ao confronto com as valorações de política-criminal que o fundamentaram (sistema). É dizer: as escolhas feitas no âmbito da política-criminal, que determinarão o modelo de Direito Penal a ser aplicado, devem compor também a própria Dogmática Penal, de modo a permitir um permanente controle do funcionamento concreto do sistema, que se veria, assim, atrelado às funções que abstratamente lhe deram origem.

Se Jakobs se limita a descrever uma dada sociedade segundo sua existência real, sem adentrar em possíveis justificações acerca do acerto, ou não, de suas valorações de Justiça, estruturando um sistema penal de base essencialmente

---

<sup>207</sup> Há diversas teorias da imputação objetiva, conforme anota Luis Greco em seu precioso *Panorama da teoria da imputação objetiva* (Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005). A teoria de Jakobs, até mesmo por exigência lógica de sua concepção funcional sistêmica, talvez seja a que mais se comprometa com critérios exclusivamente normativos de imputação, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de conhecimentos especiais do agente.

<sup>208</sup> De nossa apresentação ao *Tratado de Direito Penal* de G. Jakobs. ob. cit. p. cit.

normativista e formal,<sup>209</sup> Roxin trilha outro caminho. Em seu *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1. 2. Auflage*, que recebeu tradução espanhola,<sup>210</sup> Roxin deixa absolutamente clara a sua opção pela delimitação do Direito Penal ao âmbito do Estado de Direito<sup>211</sup>, baseado na liberdade do indivíduo, elaborando, então, um conceito *material* de delito, a partir da proteção de bens jurídicos, entendidos como “*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo em el marco de um sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.<sup>212</sup>

E, após reconhecer as distinções entre dogmática penal e política criminal, o ilustre penalista alemão insiste nas inúmeras possibilidades criativas reservadas à primeira (dogmática), que, pela via da interpretação – inerente à aplicação do Direito – poderia elaborar uma sistematização sob *considerações teleológicas/político-criminais*.<sup>213</sup>

4. No entanto - e é aqui que se inicia a nossa insinuação de um sistema de interpretação, desatrelado, porém, de finalidades (funções) específicas do Direito Penal e, assim, de considerações de política criminal – Roxin concede poderes excessivos, primeiro, ao legislador, e, segundo, ao próprio sistema dogmaticamente construído (Dogmática Penal), ao afirmar que soluções movidas por estes motivos (de política criminal), ainda que dignos de reconhecimento, poderão produzir respostas *dogmaticamente erradas*, inaceitáveis na medida de sua violação ao texto legal expresso.<sup>214</sup>

Nesse ponto, então, pensamos que semelhante sistema, claramente orientado às consequências, embora de grande valia em muitos e na maioria dos casos, peca por um certo reducionismo metodológico. Com efeito, se efetivamente soa proveitosa a construção de um sistema penal orientado por finalidades teleológicas racionais, não só do ponto de vista da aplicação consequente das imputações

<sup>209</sup> Relembre-se que o objeto da proteção penal em Jakobs é a própria *norma penal* e não *bens jurídicos* reconhecidos na legislação. Para ele, o que se quer evitar com a aplicação da pena é a erosão normativa, isto é, a perda de validade do sistema de normas penais. Daí a referência ao seu *bem jurídico penal*, sem maiores indagações acerca do respectivo conteúdo (das normas penais).

<sup>210</sup> *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones. 1997.

<sup>211</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit. p. 55 e seguintes.

<sup>212</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit. p. 56.

<sup>213</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Trad. e Introdução: Luís Greco, Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 245.

incriminadoras (o Direito Penal escolhido), mas também para a construção das categorias dogmáticas de tal sistema (aqui, de novo, os conceitos de autoria, de participação, de ação, de tipicidade etc.), necessárias ao procedimento de concretização daquele direito, de outro lado, parece fazer ressurgir um novo tipo de positivismo tardio, sobretudo na questão atinente às limitações impostas pelo legislador à dogmática.

A nosso aviso, as inúmeras inconsistências legislativas nacionais, particularmente no âmbito das incriminações, podem e devem ser corrigidas por meio de uma interpretação *sistemizante* - quando se referirá ao próprio sistema, buscando nele a justificativa para a *corrigenda* - e também *limitadora* da punibilidade, já agora no campo de uma hermenêutica própria ao Estado de Direito, no marco de um modelo garantista de proteção das liberdades públicas. Obviamente, não se defenderá a possibilidade de substituição do legislador pelo aplicador. A Lei segue sendo o limite do arbítrio, também para interpretações pautadas pela proibição de excesso. Mas, como se verá, há alguns casos que reclamam imediata modificação de entendimento, diante do afastamento manifesto da previsão legislativa à respectiva fundamentação.

### 3 SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROIBIÇÃO DE EXCESSO

5. O modelo político nacional não deixa margem a dúvidas: a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF). Não é só: o art. 5º consolida a estrutura das liberdades públicas em um vasto rol de direitos e garantias fundamentais.

Da perspectiva normativa, portanto, o direito positivo brasileiro autoriza a elaboração de um sistema jurídico fundado na realização dos direitos fundamentais, e, assim, de um sistema *dos direitos fundamentais*. Essa é, efetivamente, a atual configuração do Estado de Direito, seja no âmbito de uma teoria discursiva do direito<sup>215</sup>, seja no campo de uma vinculação material do aparato jurídico a premissas valorativas de outra ordem (metafísicas, morais etc).

---

<sup>214</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva...* cit. p. 247/248.

<sup>215</sup> Por todos: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Posto isso, um sistema de direitos fundamentais somente se realizará em ambientes teóricos (para a construção de sua *práxis*) bem delimitados, no qual se reconheça as deficiências de qualquer intervenção estatal caracterizada pela coercibilidade de seus instrumentos, tal como ocorre no sistema penal. Não só deficiências, mas, sobretudo, o risco de reprodução dos males que se quer conjurar, na exata medida em que níveis mais altos de coercibilidade e de violência institucionalizada tendem para a eternização de sua necessidade.

O denominado *garantismo penal*, tão incompreendido quanto referenciado (para o bem e para o mal) em doutrina e na jurisprudência de nossos dias, não pede muito, malgrado os excessos na sua aplicação: exige-se, com ele, prudência nas incriminações; ciência (como compreensão) da falibilidade do conhecimento humano e respeito aos direitos fundamentais da pessoa. Nada que já não tenha sido reclamado há tempos pelos povos civilizados. “Dentre tantas as antíteses apontadas na obra de Ferrajoli, a rejeição à estrutura autoritária de Estado, como impossibilidade de sobrevivência de um ambiente garantista – Lei x Arbítrio (em última análise) – parece decisiva. O princípio da *legalidade* surge como verdadeiro pressuposto de uma ordem social e política com pretensões democráticas. E daí se chegará com facilidade a diversos outros axiomas de Ferrajoli para o Direito Penal (*Nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex poenalis sine necessitate e nulla necessitas sine injuria*). No âmbito de uma democracia, na qual os direitos fundamentais ocupam posição central na definição do papel do Estado (Democrático de Direito), não se pode aceitar incriminações sem finalidade de efetiva tutela daqueles direitos (fundamentais) e nem dirigidas contra condutas que não produzam lesões relevantes a eles (direitos).”<sup>216</sup>

Nesse passo, como a nossa empreitada segue a trilha da hermenêutica dos direitos fundamentais, o postulado da *proporcionalidade* ocupará posição central. E sobre tal postulado, ou princípio, nem é mais preciso recorrer-se a novas formulações teóricas: há, aqui e no exterior, um sem número de abordagens sobre a matéria, dispensando mesmo novas investidas. No que nos interessa, a *proporcionalidade* será objeto de exame nas duas vias de sua fundamentação mais recente: a da *proibição do excesso* e a da *máxima efetividade dos direitos*

*fundamentais*. Esta, aliás, a opção acolhida no PLS 156 (Projeto de Novo Código de Processo Penal), em tramitação no Congresso Nacional, reproduzida em seu art. 5º: “Art. 5º: A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”.

Esclareça-se, contudo, que, em princípio, a perspectiva da *proibição do excesso* oferece melhores alternativas, como instrumento de leitura e acomodação de desvios legislativos. Cumpre assentar, no particular, que, longe de se tratar de separação (um *ou* outro), há relação de complementariedade e reciprocidade necessária entre a *proibição de excesso* e a *máxima efetividade dos direitos fundamentais*, de tal modo que a aplicação do primeiro critério (do excesso) deve ser controlada pelo segundo. E para demonstrar a harmonia entre ambas as perspectivas, também recorreremos a uma interpretação da qual resultará o afastamento de uma norma penal menos grave (art. 123, CP, *infanticídio*) para a incidência de outra, mais grave, (art. 121, CP, *homicídio*), no caso de concurso de agentes na morte do filho pela parturiente, sob influência do estado puerperal. Uma das argumentações possíveis, como veremos, será aquela que melhor reforce a proteção penal à vida: máxima efetividade daquele direito fundamental.

Como já referido, há inúmeros trabalhos cuidando do tema atinente à proporcionalidade, seja como critério de busca para a norma mais adequada ao caso concreto, quando presentes tensões entre princípios constitucionais, seja como controle de validade das normas, na perspectiva da proibição de excesso.<sup>217</sup> Aqui

---

<sup>216</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Prefácio ao *Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Organiz. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 19.

<sup>217</sup> Há, sobre o tema, inúmeros trabalhos de excelente qualidade, seja em obras monográficas, seja em estudos mais gerais. Consulte-se, por exemplo: AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. Edição. São Paulo, Malheiros, 2005; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. CITADINI, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen lures, 1999. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Segunda Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen lures, 2002. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido & Estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003. HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. BONAVIDES. Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

cuidaremos apenas do segundo aspecto, manejando o postulado como controle de validade e de limitação de sentido de normas incriminadoras.

### **A) O RESULTADO MORTE CULPOSA NO LATROCÍNIO (ART. 157, §3º, CP)**

6. O legislador brasileiro estabelece no art. 157, §3º, CP, que, quando, no crime de roubo, da violência empreendida pelo agente resultar morte, a pena mínima a ser aplicada será de *vinte anos*. Nada diz acerca de haver ou não dolo quanto ao resultado, contentando-se com a ação violenta. Em resumo: confere tratamento unitário, quanto à reprovação, ao resultado culposo e doloso em uma ação dirigida pela violência.

Ensina a dogmática penal que o crime *preterdoloso* ou *preterintencional* seria aquele cujo “*resultado final vai além da intenção do agente, havendo dolo quanto à ação, e culpa quanto ao resultado*”.<sup>218</sup> A apenação, nesses casos, haverá que levar em consideração que o resultado *não desejado* não pode ser imputado no mesmo grau de reprovação que o outro, *desejado*. Atenta-se para o menor desvalor da ação, referente ao resultado.

Já no crime *qualificado pelo resultado* acentua-se o juízo de maior reprovação unicamente no resultado gravoso, independentemente de se tratar de conduta *voluntária* ou *involuntária*.<sup>219</sup> A explicação dogmática para a distinção de tratamento (crime qualificado pelo resultado e crime preterdoloso) parece residir na qualificação do delito como *crime complexo*, com o que, segundo parte da doutrina, se poderia justificar a unidade de tratamento ao dolo e a culpa. O nosso HUNGRIA chega a referendar a opção nacional (de idêntica apenação na culpa e no dolo no resultado morte no latrocínio) com um argumento absolutamente questionável. Diz ele: “Nem se diga que merece censura por haver, ainda que excepcionalmente, submetido a igual tratamento o dolo e a culpa. O *versari in re illicita*, notadamente quando a *res*

---

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed. Ver. Atua. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993. RUIZ, José Augusto de Veja. *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*. Madrid: COLEX, 1994. HERRERA, Chinchilla. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Editorial Temis, 1999. SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: COLEX, 1990.

<sup>218</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte geral*. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 163.

<sup>219</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII, 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 59.

*illicita* é a prática de roubo, justifica essa equiparação”.<sup>220</sup> Não há como não indagar: *Notadamente?* Por quê? A proteção penal da propriedade ocupa – e deve ocupar! – alguma primazia no cenário das incriminações? Relembre-se que o crime é *contra o patrimônio* e não *contra a vida*. FIGUEIREDO DIAS, dentre outros, rejeita a validade do aforismo (*versari in re illicita*), originado, aliás, do direito canônico: “Na sua frieza vocabular, um tal princípio não pode considerar-se, de modo algum, compatível com o princípio da culpa (culpabilidade), antes parece clara manifestação de uma responsabilidade objetiva ou pelo resultado”.<sup>221</sup>

Ao que se vê, o nosso Código Penal acolheu a segunda definição, tratando o latrocínio como crime complexo, qualificado pelo resultado. Assim, e na *letra fria* do texto, pouco importa se o agente, para se apropriar do bem alheio, desfere um tiro na cabeça da vítima, ou, se, para o mesmo fim, provoca-lhe culposamente a morte – por violento empurrão, por exemplo. A cominação mínima será de *vinte anos*, em quaisquer dos casos.

Por isso, Bittencourt, depois de corretamente identificar o problema, chega a sugerir que a distinção entre comportamentos tão desassemelhados, mas com idênticos resultados, seja feita por ocasião da dosimetria da pena, aumentando-se, então, no caso de morte dolosa.<sup>222</sup>

7. A primeira questão que se põe, portanto, diz respeito à *autonomia* tipológica de semelhante delito (de latrocínio), pelo resultado mais gravoso.

Do ponto de vista da proteção penal de bens jurídicos parece não haver dúvidas que tanto o bem *vida* quanto o *patrimônio* já teriam recebido tutela específica no âmbito do art. 121 e do art. 157, *caput*, ambos do Código Penal. Assim, relativamente a uma conduta dirigida à lesão de ambos os bens jurídicos – vida (morte) e patrimônio (subtração) – o grau de reprovação da ação e do resultado já estaria contemplado no concurso material (art. 69, CP) entre os crimes de homicídio e de roubo. Note-se, mais, que a pena mínima a ser então aplicada em tal situação, abstraindo-nos, por ora, do tipo do art. 157, §3º, CP (latrocínio), seria de dez anos, resultante da soma do homicídio (seis anos) e do roubo (quatro anos).

Já aqui se tem um panorama dramático do acréscimo da pena previsto para o latrocínio, enquanto tipo autônomo: o mínimo seria de *vinte anos* e não daqueles

---

<sup>220</sup> Ob. cit. p. 60.

<sup>221</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...*cit. p. 298.

dez, que resultariam do concurso material entre homicídio e roubo. A pena mínima cominada é simplesmente o dobro!

Como se vê, o excesso legislativo é manifesto. Em Portugal, por exemplo, país em que se adotou também a autonomia da incriminação para o latrocínio (ao invés da regra do concurso material – homicídio + roubo), qualificando o roubo pelo resultado morte, a pena mínima é, no entanto, *a mesma do crime de homicídio*, isto é, de oito a dezesseis anos (art. 210, 3, CP). Naquele país, verifica-se, aliás, que a pena ficou *aquém* daquela que seria obtida pelo concurso material. Na verdade, ao que parece, no que toca exclusivamente à pena mínima para o resultado morte (latrocínio), o homicídio teria *absorvido* o roubo. Veja-se, então, que, embora acolhida a autonomia do tipo de latrocínio naquele país, a pena mínima cominada *nem passa perto do excesso* de nosso Código Penal, ficando, repita-se, abaixo daquele que resultaria de um concurso material (entre roubo -um ano - e homicídio - oito anos – art. 131, CP).

A alternativa nacional parece não encontrar reprimenda equivalente no direito comparado.

O que não significa que estejamos autorizados a buscar soluções arbitrárias para o problema, ignorando a ordem normativa. E damos um exemplo: a qualificadora do furto *mediante concurso de duas ou mais pessoas* (art. 155, §4º, IV, CP) eleva ao dobro a pena mínima prevista para o tipo simples. Já no roubo (art. 157, §2º, II, CP), a mesma qualificadora (concurso de pessoas) faz aumentar a pena de 1/3 até 1/2 (metade) e não no dobro. Porém, eventual solução no sentido de aplicar-se o mesmo acréscimo aos dois tipos penais (de 1/3 a 1/2) parece-nos arbitrária e não pode ser levada à conta de qualquer *proporcionalidade*. É que a pena mínima do tipo penal de roubo (art. 157, CP, *quatro anos*) já é imensamente superior àquela do art. 155, CP (furto; *um ano*). Assim, o acréscimo desproporcional (do ponto de vista aritmético) da qualificadora do furto se justificaria em razão da evidente *desproporção* entre a pena mínima deste (furto) e daquele (roubo). Pode-se não concordar com o acréscimo (do dobro); mas que a alternativa legal parece justificada em bases racionais (aritméticas!) não temos dúvida.

---

<sup>222</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2004.

8. Não se pode pensar, então, em uma redução, pura e simples, da pena mínima cominada para o latrocínio, quando a morte resultar de conduta (violência) culposa. Afinal, qual seria o critério nessa hipótese?

A solução aventada por BITENCOURT, reservada à fase de dosimetria da pena, não nos parece adequada. E, por uma razão muito simples: a pena mínima do latrocínio, com resultado morte dolosa, terminaria por se ver ainda mais *aumentada*! Inevitavelmente, tendo em vista não ser possível diminuir o mínimo de vinte anos para o resultado culposos.

A nosso juízo, o postulado da *proibição de excesso*, enquanto pauta mínima de interpretação em matéria penal, poderia oferecer uma resposta plausível, desde que manejada dentro do próprio sistema de incriminações.

E não vemos como não se ultrapassar, e desconstruir, se necessário, conceitos e/ou categorias dogmáticas já consolidadas, a partir, sobretudo, de duas questões fundamentais.

Em primeiro lugar, em um mundo pós-positivista (daí nossa crítica ao ressurgimento de um novo positivismo nas limitações ao texto da lei antevistas por C. Roxin – *retro*), não se concede mais poderes e nem sensibilidades divinas ao legislador. Uma coisa é a escolha do Direito Penal e de suas incriminações e sanções. Outra, muito diferente, é aplicar o Direito à base do *dura lex sed lex*, como se não houvessem desvios e equívocos, lógicos e materiais, em qualquer regulação normativa.

Não parece haver dúvidas acerca da pretensão legislativa de emitir juízo de maior reprovabilidade ao resultado morte decorrente de uma ação violenta, desferida com finalidade de obtenção de vantagem patrimonial. Por isso, não julgamos demasiada a exasperação da pena mínima, acima dos limites em que se daria em um concurso material de homicídio e roubo (6 + 4, respectivamente), embora o patamar escolhido, *no dobro* da somatória dos delitos, pareça-nos absurdo.

Pode-se especular, com efeito: o desvalor da ação violenta, somada à indiferença demonstrada quanto ao bem *vida*, eliminada para o fim de proveito patrimonial, há de merecer tratamento mais gravoso. E, mais: pode-se imaginar que de tais ações violentas seja sempre previsível a ocorrência de uma lesão corporal grave ou até de morte. Pode ser.

9. No entanto, na primeira hipótese antes referida, somente a ação dolosa se prestaria a demonstrar a indiferença em relação à vida, subtraída unicamente para proveitos patrimoniais. A morte culposa não ultrapassa, em princípio, qualquer outro limite, senão aqueles já previstos no tipo penal de homicídio. Note-se – e isso é fundamental – que a pena mínima do homicídio culposo é imensamente menor que aquela do doloso (1 ano e 6 anos, respectivamente), embora o resultado seja o mesmo. Não há como ignorar ou suprimir do juízo de reprovação penal a distinção abissal entre a conduta dolosa e a conduta culposa. Identidade de resultado não parece suficiente.

De outro lado, a eventual previsibilidade do resultado morte na ação violenta do roubo pode perfeitamente ser adequada ao conceito de *dolo eventual*, se e quando a lesão grave ou a morte forem indiferentes ao agente, ainda que não desejadas.

O que não parece sensato e nem admissível é a unidade de tratamento reservada ao dolo e à culpa no latrocínio, sobretudo em razão da existência de tipologias específicas para ambos os bens jurídicos atingidos, claramente suficientes para a respectiva proteção. Tipos penais qualificados pelo resultado, sem indagação acerca da conduta antecedente que lhe deu causa, somente podem cumprir alguma função no Direito Penal quando ausentes no ordenamento as tipificações pertinentes e específicas em relação aos elementos do fato (ação, resultado, nexos etc.).

Assim, a única solução possível é reconhecer no latrocínio uma *ficção jurídica* cuja aplicação dependerá do preenchimento das condições que a justificaram. Dizemos *ficção* em razão da antecedente previsão legal de proteção à vida e ao patrimônio em tipos específicos, quais sejam, a) o disposto no art. 121; e, b) o no art. 157, *caput*, todos do Código Penal. Da perspectiva do juízo de subsunção, ou seja, da adequação do fato da realidade ao tipo normativo, ambos cumpririam a contento a sua missão, particularmente associados à previsão do concurso material, tal como estabelecido no art. 69 do Código Penal.

De modo que, quando o resultado morte, decorrente da ação violenta no roubo, for produzido por uma ação dolosa, direta ou eventual, poder-se-á aplicar a péssima escolha legislativa contida no §3º, do art. 157, CP, já que não se trataria de invalidade da norma, no plano constitucional. Uma inquietação: o homicídio

qualificado *mediante paga* (art. 121, §2º, I, CP) não guardaria as mesmas características de uma morte dolosa, para proveitos patrimoniais? A pena mínima, no entanto, é bem menor: 12 (doze) anos. E, se acrescida – concurso material – com o roubo (4), chegaria a 16 (dezesesseis), ainda menor que a pena mínima do latrocínio. Desproporção evidente no interior do sistema.

Mas, de outro lado, quando a morte resultar de ação culposa, ainda que violenta, a ficção jurídica do latrocínio deverá ceder lugar à realidade, não só dos fatos, mas da própria estrutura normativa incriminadora (o sistema penal), devendo-se aplicar a pena do crime de homicídio *culposo*, em concurso material com o crime de roubo. Todos os comportamentos da realidade assim realizada se conteriam nos mencionados tipos, não havendo razão alguma para o recurso à excepcional incidência da exasperação do latrocínio. Interpretação diferente conduziria à violação da proibição de excesso, resultando em grave intervenção estatal no âmbito das liberdades públicas, sem justificativa racional, o que pode ser deduzido a partir da própria regulação penal da proteção da vida e do patrimônio na legislação penal vigente.

## **B) ERRO QUANTO À PESSOA NA ABERRACTIO ICTUS (ART. 73, E ART. 20, §3º, CP)**

10. No exemplo anterior, a alternativa hermenêutica apresentada terminou por fundar-se na seguinte percepção: como já havia tipos penais específicos e gerais cuidando da proteção à vida (art. 121, CP) e ao patrimônio (art. 157, *caput*, CP), suficientes para abarcar, em juízo de *subsunção*, os comportamentos descritos na qualificadora do resultado morte do latrocínio (art. 157, §3º, CP) não necessitariam de tipologia autônoma. É dizer: a opção pelo incremento da reprovação e pela exasperação da pena surgiu como verdadeira *ficção jurídica*, na medida em que, no plano da realidade (fato), as condutas ali narradas já estavam acomodadas na proteção penal geral. Note-se: o que é *ficção* não é o tipo do art. 153, §3º, CP, que reproduz outros, mas a *pena ali cominada* e a reprovação que nela se contém.

O tratamento legislativo da *aberratio ictus* (art. 73, CP) no erro de pessoa (art. 20, §3º, CP) também encobre uma *ficção jurídica*. Adotou-se no Código a chamada *teoria da equivalência*, via da qual se tem em mira a perspectiva do bem jurídico atingido. Assim, se a ação se dirige contra uma pessoa, e, por erro de execução,

atinge outra, a legislação considera que a proteção penal é objetiva, independentemente da ofensa idealizada.

Este é um caso emblemático da complexidade das questões aqui tematizadas. Seria possível *ignorar* a escolha legislativa (da teoria da equivalência) e adotar outra, da *concretização*, atentando-se para o fato *real* e não para o fato *idealizado*?

Paulo QUEIROZ traz exemplo de grande valia para a compreensão do problema. Pior. O exemplo é real, efetivamente ocorrido, há tempos, no interior da Bahia.

ESPOSA, querendo matar seu ESPOSO, adicionou veneno na refeição que seria levada ao trabalho. Não havendo serviço naquele dia, a marmita foi devolvida aos filhos menores do casal. Estes, antes de chegar em casa, comeram a refeição e terminaram por falecer, vítimas do veneno.<sup>223</sup> A ESPOSA foi denunciada, então, por homicídio qualificado e agravado contra o marido, na forma consumada, com fundamento exatamente no erro de pessoa.

Como se vê, a teoria adotada no Código parte de uma verdadeira ficção. A consumação de qualquer resultado no caso narrado não ocorreu em relação ao ESPOSO. A morte obtida pelo emprego de veneno abateu-se sobre os filhos da agente. E, em relação a eles, o resultado (morte) ocorrera por *culpa*, evidentemente. Já em relação ao marido, como houve início do *iter criminis*, teria havido *tentativa* de homicídio, visto não ter ele sofrido quaisquer danos.

Jakobs, em casos semelhantes, entende que o agente deve responder por crime doloso consumado, apenas e sempre que este puder incluir na representação (antecipação mental) que faz do processo causal o risco de atingimento de outra pessoa.<sup>224</sup>

Roxin, após classificar, acertadamente, as hipóteses em que o agente pode prever o risco de lesão a *outrem* como situações de dolo *eventual* ou *alternativo*, desenvolve uma concepção fundada em um *plano do fato*, cujos resultados seriam idênticos aos da teoria da concretização. Segundo ele, no planejamento da ação haveria uma valoração *objetiva* do resultado (fato), de tal modo que a não realização daquilo *efetivamente desejado* impediria a aplicação do tipo consumado (também desejado), devendo o agente responder por ação imprudente quanto ao terceiro

<sup>223</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. Cit. P. 213.

<sup>224</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal...*cit. p. 433/436.

atingido e por tentativa (tipo objetivamente realizado) em relação à pessoa idealizada.<sup>225</sup>

FIGUEIREDO DIAS, no ponto, é esclarecedor, quando ressalta a diferença de tratamento de hipóteses de *aberratio ictus* e de erro de pessoa. No primeiro caso, de erro na execução contra determinada pessoa, atingindo-se outra, sustenta a prevalência da teoria da concretização, devendo o agente responder por tentativa, em face da pessoa idealizada, e por imprudência, em face da pessoa atingida. No segundo, quando o agente *não erra na execução*, e sim na *formação de sua vontade*, atingindo uma pessoa que julgava ser outra (erro de pessoa), a solução deve ser diferente, dado que a proteção da lei é reservada a qualquer pessoa (teoria da equivalência), sendo irrelevante o erro quanto àquela atingida.<sup>226</sup>

**11.** Veja-se, então, que há duas perspectivas a serem bem compreendidas.

A, avistando B, desfere-lhe um tiro mortal, com intenção de matá-lo. No entanto, a pessoa que avistara não era B e sim C. A hipótese seria de homicídio consumado, sendo indiferente a identidade da vítima. No direito comparado, parece haver quase unanimidade quanto ao acerto de tal solução, em razão da igualdade material da proteção penal do bem jurídico.

Outro caso: A, avistando B, desfere-lhe um tiro mortal, com intenção de matá-lo. O disparo, porém, atinge C, que se encontrava nas proximidades. Aqui, abstraindo-nos das considerações acerca do *dolo eventual* ou *alternativo* em relação a C, ou mesmo da imputação pelo risco, o fato concretizado haverá que ter primazia, respondendo o agente por *tentativa* em relação à pessoa desejada e por *culpa*, relativamente ao resultado obtido. Esse também o entendimento da doutrina comparada antes mencionada. Entre nós, QUEIROZ defende a mesma resposta, recorrendo a uma interpretação conforme a Constituição.<sup>227</sup>

E qual seria a solução no exemplo que demos, no caso da morte dos filhos, causada pela mãe, que desejava matar o marido? Seria possível afastar-se a previsão legal de nosso art. 73, CP?

<sup>225</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...*cit. p. 494.

<sup>226</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 345/346.

<sup>227</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal ...cit.* p. 214.

Por primeiro, é de se ver que a hipótese não é de erro de pessoa, no sentido de ter o agente (ESPOSA) confundido a vítima, produzindo o resultado em pessoa diferente.

Parece-nos, ao contrário, que se cuida de *aberratio ictus*, mas que, segundo o nosso Código Penal (art. 73) deveria receber o mesmo tratamento do erro (de pessoa – art. 20, §3º, CP).

No entanto, pensamos ser possível o afastamento da citada norma, na mesma linha argumentativa desenvolvida em relação à não-aplicação do latrocínio para o caso de resultado morte culposa, resultante da violência no roubo (art. 157, §3º, CP).

Mas, diversamente daquela hipótese (do latrocínio), a solução aqui afastaria a própria *validade* da norma prevista no citado art. 73, incluindo a última disposição, que estabelece o concurso formal de crimes na hipótese de serem atingidos terceiros e, também, a pessoa contra a qual se desferiu a ação. É que, se, de um lado, não há maiores problemas em relação à norma do art. 20, §3º, CP, atinente ao erro de pessoa, a adoção da teoria da equivalência na *aberratio ictus* se revela, não só dogmaticamente inadequada, mas fundamentalmente *excessiva* dentro do próprio sistema de incriminações.

No erro de pessoa, a solução de se punir o agente por crime consumado (contra quem se pensava ser a vítima desejada) é justificada, não só pelo resultado obtido, mas pela regra de proteção ao bem jurídico; independentemente de quem seja a vítima, teria havido ação dirigida contra a vida. Nessa hipótese, sequer se poderia pensar em uma imputação do resultado por culpa, já que a conduta então realizada não assumiria contornos de imprudência ou negligência. Ao contrário: a ação teria sido obviamente dolosa. E, menos ainda, se poderia falar em crime *tentado*.

Já na *aberratio ictus*, a ação *originária*, isto é, a conduta dirigida contra a vida *já encontra proteção penal específica*, na cláusula geral do *crime tentado*. É dizer: do mesmo modo que aquele que desfere um tiro contra alguém e erra, por circunstâncias alheias a sua vontade, responde por *tentativa de homicídio*, o que pode ser acrescido ao comportamento do agente que, também por erro de execução, acaba atingindo terceiro, é apenas e tão somente o resultado decorrente de sua imperícia ou imprudência. Aquele que atinge o terceiro deve responder por

tentativa em face da vítima desejada e por culpa, relativamente ao resultado morte do terceiro.

De outro lado, é verdade que o nosso sistema penal acomoda hipóteses de *ficções* ao lado de regulações da *realidade*, como bem o demonstra o tratamento do erro na discriminante putativa (art. 20, §1º, CP): ali, a conduta *dolosa* de matar quem se julga invasor de sua casa, supondo, porém, situação de legítima defesa, é punida a título de *culpa* (imprópria), ainda que evidentemente voluntária a ação e desejado o resultado.

Contudo, a modificação de uma conseqüência aferida no plano da realidade para finalidades exclusivamente jurídicas (ficção) somente se justifica quando insuficiente ou exorbitante a observância das regras do direito vigente. Exemplo mais emblemático de tal situação é a regra do crime *continuado*, tal como disposta no art. 71 do Código Penal. Não houvesse essa regra, aquele que adentrasse um edifício de lojas comerciais e subtraísse de cada uma delas, de vítimas diferentes, determinada coisa (alheia) móvel, responderia por múltiplos delitos, correndo o risco de ver sua pena ultrapassar o mais hediondo dos crimes. A ficção jurídica aqui se justifica plenamente.

A solução prevista no art. 73, CP, dando tratamento unitário a questões tão diversas, constitui, evidentemente, uma ficção jurídica. De um *duplo* resultado *real – tentativa dolosa* em relação a vítima desejada e crime *culposo* em relação ao outro (atingido) – fez-se um *único*, pensado unicamente pelo legislador. Veja-se que semelhante solução ignora olímpicamente a *pluralidade de bens jurídicos* atingidos pela ação do agente.

Mas não é só. Não se limita a deixar a descoberto a punição por um dos resultados alcançados (de novo: *tentativa de morte dolosa e morte culposa*); resume a punição à situação abstrata mais grave (homicídio), pela soma do resultado (morte) e da ação (dolosa), sendo-lhe (ao CP) indiferente o processo causal e a existência de vítimas diferentes. Na aritmética, o CP mostrou-se mais gravoso: a soma da tentativa do crime doloso (homicídio) e da morte culposa é inferior ao mínimo previsto para o homicídio consumado (seis anos – art. 121, CP), ainda quando aplicada a redução mínima à tentativa (um terço – art. 14, parágrafo único, CP).

Do que resultou, então, não só incompatibilidade com o sistema geral penal, no que se refere ao conceito e, sobretudo, às conseqüências, i) do delito *culposo*; ii) da punibilidade diminuída no resultado não obtido pela ação desejada (tentativa); iii) da proteção geral dos bens jurídicos, seja quanto à ação dolosa, seja quanto à ação culposa (dupla ofensa); mas, criou-se figura de ficção jurídica absolutamente injustificada quanto aos seus propósitos, e, mais que isso, contrária à vedação do excesso na intervenção estatal penal, no âmbito do sistema constitucional dos direitos fundamentais.

12. Com tais considerações, a solução para o exemplo dado seria a seguinte: a ESPOSA deveria responder por duplo homicídio culposo, em relação aos seus filhos menores, e por tentativa de homicídio doloso contra o ESPOSO. A redução do excesso se faria, a seguir, com a concessão do perdão judicial relativamente aos delitos culposos, tendo em vista a gravidade das conseqüências do crime para o seu agente (art. 121, §5º, CP).<sup>228</sup>

### C) A UNIDADE DO CRIME NO INFANTICÍDIO (ART. 123, CP) E A PARTICIPAÇÃO

13. Cezar BITENCOURT resume bem a polêmica nacional acerca da participação no crime de infanticídio. De um lado, estariam Roberto Lyra, Magalhães Noronha, Frederico Marques, Basileu Garcia, José Cirilo de Vargas (incluímos nós)<sup>229</sup> dentre outros, todos no sentido da comunicabilidade da *influência do estado puerperal*, daí resultando a aplicação da pena do crime de infanticídio para o terceiro que contribui com a parturiente na morte do próprio filho. Em lado oposto, Hungria, Fragoso, Aníbal Bruno e outros, propugnavam pelo entendimento oposto, concluindo dever o terceiro (que prestou auxílio) responder por homicídio.<sup>230</sup>

O nosso ilustre penalista (Bitencourt) rejeita a segunda alternativa, fundamentando sua posição na literalidade do texto brasileiro, que, ao adotar a teoria *monista* da ação (art. 29, CP), não autorizaria, em regra, tratamento mais gravoso ao terceiro, co-autor ou partícipe, independentemente da justiça ou não da opção legislativa.

<sup>228</sup> Essa a mesma conclusão a que chegou Paulo Queiroz na obra citada, embora com outra fundamentação: *in Direito penal...cit.* p.214.

<sup>229</sup> VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal. Parte geral.* Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 446.

<sup>230</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* Vol. II. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 148.

Eis aqui, então, mais uma questão que se pode incluir entre problemas típicos de dogmática. E, mais que isso, problemas cuja solução cotidiana tem se apegado excessivamente ao princípio da legalidade, sob viés eminentemente positivista, descurando, porém, e não raramente, de uma hermenêutica mais conseqüente às missões do Estado de Direito.

14. Desde logo, esclareça-se que a própria legislação brasileira flexibiliza a adoção da teoria monista da ação, quando, no crime de aborto, prevê tipos penais *autônomos* para a vítima e para o terceiro (arts. 124, 125 e 126, CP). Dir-se-á, então, que, exatamente neste caso, e somente por força de lei expressa, se poderia afastar a regra da unidade do crime (art. 29, CP). No entanto, o que se propõe aqui é justamente alargar as possibilidades interpretativas do direito penal, sem as amarras de conceitos e categorias da Dogmática Penal, e, se preciso for, com modificação sensível do texto legal, em favor de uma contextualização mais conseqüente do sistema.

HUNGRIA, como se sabe, sempre rejeitou a aplicação da unidade do crime no infanticídio, afirmando que o terceiro deveria responder por homicídio e não por infanticídio. Alertava o mestre que “A quebra da regra geral sobre a *unidade* de crime no *concursum delinquentium* é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado *sob a influência do estado puerperal*”.<sup>231</sup>

Apesar de não aderirmos à tese do crime *personalíssimo* a que alude HUNGRIA, como reforço de argumento para a não aplicação da antiga norma do art. 26 “sobre as circunstâncias de caráter *pessoal*, quando elementares do crime”, acompanhamos a conclusão de Sua Excelência. E aproveitamos para pinçar uma pequena observação feita pelo douto penalista, de modo a demonstrar sua inconformidade com o apego à rigidez textual da legislação: “...evitar-se o *contra-senso*, que orçaria pelo *irrisório*...”.

Bem examinadas as coisas, tem ele total razão. O infanticídio, que nada mais é que uma hipótese de homicídio privilegiado – a tipificação autônoma é mera opção legislativa – se refere ao *estado puerperal*, condição psíquica exclusiva da

---

<sup>231</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 259.

parturiente, provocada por perturbações físicas e psíquicas, que, eventualmente, podem acometer a mãe no pós-parto. Digno de nota, no particular, a riquíssima pesquisa histórica e comparada registradas por HUNGRIA sobre o tema.<sup>232</sup>

Diz a nossa lei: “Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Não há, contudo, no plano do *real*, isto é, da realidade concreta e cotidiana, a mais mínima possibilidade de *comunicação* da aludida condição pessoal da parturiente a quem quer que seja. E nem o legislador e nenhum conceito dogmático podem subordinar as funções e a interpretação do Direito a uma *ontologia* imutável, como se a lei devesse sempre ser cumprida, *na exata medida de suas determinações expressas*, sem maiores indagações acerca da compatibilidade de seu conteúdo com a estrutura normativa geral, em cujo ápice se encontra a Constituição. Um positivismo de corte *legalista* como este não se acomodaria sequer no princípio da legalidade penal.

Ora, evidentemente, o aludido critério poderá ter aplicação em 99% (noventa e nove por cento) dos casos no direito penal brasileiro, revelando-se instrumento útil aos propósitos do sistema geral de incriminações. Mas disso não decorre o *engessamento interpretativo* de seu texto, como se não houvesse a menor possibilidade de descompasso entre o juízo *abstrato* da lei e o conflito *concreto* da *faticidade*. A *abstração* legislativa jamais acompanhará a complexidade da *concretitude* do mundo da vida.

E, neste caso específico, a interpretação que pretende aplicar a pena de infanticídio ao terceiro, por suposta inevitabilidade da incidência do art. 30 do Código Penal, não leva em consideração inúmeros elementos concretos e normativos que devem se submeter à argumentação em cada caso concreto. Por que alguém que auxilia outrem a matar terceiro deve sofrer maior conseqüência penal que aquele que contribui para a morte do filho (não dele) pela mãe-parturiente? A resposta, se e quando fundada apenas no texto da lei é absolutamente inconsistente, pois a) da perspectiva do bem jurídico – vida – haveria *identidade* na proteção penal; b) da perspectiva da *ação* – dolosa – haveria também identidade nas regras do sistema de apenação. Por que então estender o campo da ressalva “*salvo quando elementares do crime* (art. 30, CP)” para além dos limites que fundamentaram a

---

<sup>232</sup> Ob. cit. p. 234/244.

instituição autônoma do crime de infanticídio (perturbação físico-psíquica da parturiente)? Que obstáculo, dogmático e legal, intransponível seria este? Segue resposta, rejeitando-o: à dogmática, responde-se com outra (dogmática), orientada pela hermenêutica dos direitos fundamentais, a exigir igual proteção penal ao mesmo bem jurídico; à lei, recorre-se à Constituição, reunida em um sem números de dispositivos afirmativos, não só das liberdades públicas, genericamente consideradas, mas também da tutela penal dos direitos fundamentais: Noutros termos: pela dupla face do postulado da proporcionalidade, que deve ser, a um tempo, proibição de excesso, e, a outro, de máxima efetividade dos direitos, incluindo, obviamente, as normas de proteção à vida.

Obviamente, estamos a nos referir aqui às hipóteses de *participação* e não de autoria. Aquele que quer matar a criança e se vale da mãe para a prática do delito, aproveitando-se do estado puerperal em que esta se encontra, responderá, evidentemente, por homicídio.<sup>233</sup>

Imperativo, portanto, que se imponha uma redução do sentido das expressões “circunstâncias ou condições pessoais” mencionadas no art. 30 do Código Penal, para excluir de seu alcance a hipótese de *influência do estado puerperal*, até porque a aludida perturbação físico-psíquica não configura, rigorosamente, nem uma circunstância e nem uma *condição* de que alguém seja portador, mas uma excepcional e temporária patologia, exclusiva da parturiente, e em raríssimas situações.

Um último registro: em Portugal, que adota o mesmo modelo de incriminação específica do infanticídio (art. 136, Código Penal Português), parece não haver maiores indagações sobre responder o partícipe por homicídio e a mãe pelo infanticídio, conforme se vê em obra coletiva, dirigida por FIGUEIREDO DIAS, em Comentários ao Código Penal daquele país.<sup>234</sup>

#### 4- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol. II. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2003;

---

<sup>233</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* cit. p. 150.

<sup>234</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *et all. Comentário Conimbricense ao Código Penal. Parte Especial*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 105.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol. III. 3ª. Edição. São Paulo, Saraiva, 2003;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *et al. Comentário Conimbricense ao Código Penal. Parte Especial. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII, 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980
- JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Prefácio ao Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Organiz. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010;
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Apresentação ao Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte geral*. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução espanhola de José Cerezo Mir, vertida para o português por Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones. 1997.
- VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal. Parte geral*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.