

Funcionalismo Penal: Ensaio sobre um sistema de interpretação da norma penal e sua aplicação sobre o erro quanto à pessoa na *aberratio ictus*.

Glenda Rafaelly Aguiar da Cunha ¹

RESUMO

A produção a seguir aborda a aplicabilidade das Teorias do Funcionalismo Penal aos arts. 20,§3º e 73 do Código Penal, em uma análise crítica a cerca da legislação pátria, confrontando a adoção da ficção jurídica da *Aberratio Ictus*, a partir de um ensaio.

Palavras-chave: Funcionalismo Penal; *aberratio ictus*.

Functionalism Criminal: A test about an understanding system of the criminal rule and your applicability in error as the person on *aberratio ictus*.

ABSTRACT

The following production discusses the applicability of the Functionalism Criminal Theories on the articles 20,§3º and 73 of the Criminal Code, starting from a critical review about national law, confronting the adoption of *aberratio ictus*, by this test.

Keywords: Functionalism Criminal; *aberratio ictus*.

¹Glenda Rafaelly Aguiar da Cunha, graduanda em Direito pela Uni-RN.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar apenas alguns aspectos e específica aplicação da Teoria do Funcionalismo Penal.

Nascido na Alemanha, em meados dos anos 70, trata-se de uma teoria que intenta revisar os elementos que compõe o conceito analítico de crime, a finalidade da pena e das medidas alternativas.

Por tratar-se de assunto sensivelmente complexo é indispensável que algumas considerações, de caráter cronológico, sejam feitas.

Partindo-se da observação criteriosa de que o Direito nasce na sociedade e para ela subsiste, é imperioso que ele acompanhe os movimentos por esta motivados. Transmigrando-se esta idéia para o Direito Penal, no decorrer da história das sociedades, o seu papel é filtrar as pretensões legítimas do homem e da comunidade das pretensões patológicas, desarrazoadas.

Adiante-se que aqui apontar-se-á de forma sintetizada a origem do Funcionalismo Penal, uma vez que este servirá como ponto de referência para a solução de uma problemática específica, pois a preferência do trabalho não é debruçar-se sobre a fecundidade do citado sistema de interpretação. Mas, abordar sua eficácia no tratamento jurídico no erro sobre a pessoa na *aberratio ictus*, justificada, para maioria da doutrina, pela deficiência das regras do direito, através da acomodação de ficção jurídica, a nosso ver, uma solução fora das devidas proporções, revelando-se, porque não, injusta.

PREMISSAS ELEMENTARES DO FUNCIONALISMO PENAL

Inicialmente, surgiu a idéia de que o homem era produto do seu meio social, havendo um deslocamento dos estudos do Direito Penal para o campo da sociologia e da filosofia. Dessa concepção surgiram várias teorias para embasar a atuação da ordem jurídica na seara criminal. Dentre as teorias deflagradas está a teoria funcionalista.

O Funcionalismo Penal assentou-se sobre dois pilares, quais sejam: o Funcionalismo Moderado, contextualizado por **Claus Roxin**, que partiu das idéias de Parsons e, o

Funcionalismo Radical, construído por **Gunther Jakobs**, baseado na tese do funcionalismo de Niklas Lumhan.

Na perspectiva de **Roxin**, a função do Direito Penal é tutelar bens jurídicos essenciais como vida, saúde, patrimônio e outros e, para isso, deve estruturar-se na criminologia, na política criminal e na dogmática penal. Logo, o que justifica a norma penal são os valores que a Constituição procura proteger.

Para **Jakobs**, a finalidade do Direito penal é a reafirmação da autoridade da norma e, para tanto, fortalece a aplicação das penas, destinadas a quem desrespeitar aquela.

De todo modo, o Funcionalismo Penal rejeita o conceito final de ação e defende a necessidade, essencialmente, normativista do Direito Penal, estabelecendo critérios de imputação objetiva da ação e do resultado.

O *prius* problemático da teoria discutida é delimitar a finalidade do direito penal, pois conforme aviva Paulo Queiroz em sua publicação Direito Penal: parte geral, pela Lumem Juris

Um Direito penal assim concebido há de ser mínimo, garantista, instrumental e subsidiário da política social e, em particular, da política de prevenção e controle da desviação, que deve ter como prioridade a integração social do homem e a realização de suas necessidades básicas, em cujo contexto o Direito Penal, como parte de uma política de proteção integral dos direitos humanos, há de ocupar e desempenhar um papel bastante modesto.

BIFURCAÇÃO DA TEORIA DO *FUNCIONALISMO PENAL*

Visando explicitar a função do Direito Penal, duas correntes funcionalistas nasceram, expondo, cada qual, conclusões distintas sobre a forma analítica do funcionalismo.

A primeira delas é encampada por **Claus Roxin**, que filiou-se ao Funcionalismo Moderado, defendendo que o Direito Penal tem como função reafirmar os valores que a ordem jurídica consagra, sob pena de ver-se aplicada uma sanção.

No entanto, **Roxin** prevê que a reafirmação das normas devem ser feitas por razões de política criminal que protegem a dignidade da pessoa humana. Com efeito, o sistema aqui formulado defende que a política criminal possa penetrar a dogmática penal.

A política criminal, por sua vez, deve ser compreendida como um projeto ou prgorama de combate as práticas delituosas. Logo, a cada elemento do conceito analítico de crime, isto

é, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade, devem ser introduzidos os valores e as funções da política criminal. Esta última, na compreensão de Heleno Claudio Fragoso deve ser visualizada, nas palavras de sua obra Lições de Direito Penal, vol. 3 pela editora Saraiva, 1998, “a atividade que tem por fim a pesquisa dos meios mais adequados para controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a criminologia, inclusive através da análise e crítica do sistema punitivo.”

Prosseguindo no mesmo raciocínio, é possível extrair-se os sábios ensinamentos do autor alemão, em sua obra “Política Criminal e Sistema jurídico-Penal de tradução de Luis Greco pela Renovar em 2002, conforme o trecho aduzido a seguir

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a Teoria do delito for construída neste sentido, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata conceitual, herdada dos tempos positivista. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da Lex lata ou ferenda, é um processo em cada uma das suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto

Fulcrada nas concepções supracitadas, verificar-se-á a aplicabilidade delas nos elementos que constituem o crime, quais sejam: a conduta, a tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade.

A) Conduta

Inicialmente, tem-se, a conduta, a qual segundo a teoria finalista da ação, que foi adotada pelo nosso Código Penal, será típico o fato que for praticado com dolo ou culpa na conduta do agente, pois ausente qualquer um dos elementos, não poderá o fato ser considerado típico, logo sua conduta não configurará uma infração penal.

Entretanto, com o advento da teoria de **Roxin** surge uma aproximação entre o Direito Penal e a política criminal, combatendo dessa forma um conceito restrito sobre a conduta humana, conforme se extrai do conceito trazido por Juarez Cirino, na sua obra Direito Penal Parte Geral, Rio de Janeiro 2008

A teoria pessoal da ação, que identifica o substrato material do sistema de fato punível de Roxin, define ação como manifestação da personalidade, um conceito compreensivo de todo acontecimento atribuível ao centro de ação psíquico-espiritual do homem. A definição de ação como manifestação da personalidade permitiria excluir, por um lado, todos os fenômenos somáticos-corporais insuscetíveis de controle do ego e, portanto, não-dominados ou não-domináveis pela vontade humana.

Logo, para **Roxin** a definição de conduta humana como manifestação da personalidade jurídica excluiria atos que poderiam dar ensejo a uma conduta típica, mas que por terem origem em ação desvinculada de dolo ou culpa não poderiam caracterizar uma infração penal, e.g., atos reflexos, estado de inconsciência.

Ademais, a teoria sobre a conduta, do autor alemão, deixa à responsabilidade do intérprete aquilatar, com base nos critérios de programas de política criminal, quando consistentes, a existência ou não de conduta delitiva por parte do agente.

B) Tipicidade

A tipicidade consiste na qualificação que se faz de um fato típico, por tal motivo ela integra a conduta humana. Partindo daí, o juiz verifica a tipicidade comparando a conduta do agente, em concreto, com a individualização típica, positivada, para ver se amoldam-se ou não, sendo este processo denominado de juízo de tipicidade.

Entretanto, o Funcionalismo de **Roxin** trouxe uma inovação quando da verificação da tipicidade da conduta, através da *teoria da imputação objetiva*. A referida teoria não foi criada por Roxin, mas foi por ele aivada, e a inovação mais acentuada que ela trouxe é o “incremento do risco juridicamente permitido”. Devendo ser compreendido este como um risco aprovado, ou seja, toda ação proibida provavelmente será também perigosa, mas, nem toda ação perigosa será proibida. Por fim, o risco permitido é absorvido pela sociedade, e esta o absorve mesmo sabendo que pode vir a causar danos.

Para evidenciar a linha de aplicação da imputação objetiva tome-se fundamentos dela dois critérios: *um risco juridicamente não permitido*, logo as ações que não sejam e perigosas de maneira ululante, jamais podem ser consideradas típicas, mesmo que tenham potencialidade de causar lesões ao bem jurídico tutelado; *a realização do risco no resultado*, pois é imperioso que o resultado decorra do risco criado, como sendo um resultado natural

deste e, cuja produção o direito busca coibir, conforme lições do advogado Cleuton Barrachi Silva

Para efeito de exemplo, conveniente se faz citar o caso do motorista que atropela a vítima, causando-lhe lesões e, por tal motivo recorre-se ao socorro prestado por ambulância, a qual vem a se envolver em acidente, matando a vítima que transportava. Neste caso, o agente criou o risco de produzir lesões ou morte com o atropelamento, mas o resultado mais gravoso obtido não foi um desdobramento previsível da conduta do agente. Logo, o adequado seria a responsabilidade apenas pelas lesões produzidas, oriundas do atropelamento, desdobramento do risco permitido de guiar um automóvel.

Dadas as argutas conclusões de **Roxin**, a imputação objetiva nasceu já solucionando algumas situações que não eram resolvidas pela teoria finalista.

C)Antijuridicidade

Em meio aos elementos que compõem o conceito de crime, a antijuridicidade pode ser conceituada como a contrariedade da conduta para com o ordenamento jurídico. No entanto, o legislador, no artigo 23 do Código Penal, elencou as chamadas excludentes da antijuridicidade, a saber: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e, estrito cumprimento do dever legal.

Para os funcionalistas, no caso concreto outra hipótese deve ser levada em conta, sob o prisma da função político-criminal do Direito Penal, qual seja, exclusão da antijuridicidade em virtude do consentimento do, supostamente, ofendido, já que embora atos típicos tenham sido praticados, o consentimento da vítima excluiria a ilicitude da ação.

D)Culpabilidade

Compreendida como ultimo elemento do conceito analítico de crime, a culpabilidade nada mais é do que o juízo de reprovação da conduta humana provocado no ambiente da sociedade, ensejando uma atuação sancionatória por parte do legislador.

Este elemento que compõe o conceito de crime é formado por três critérios de valoração, quais sejam; a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Na visão funcionalista, deve o intérprete da norma penal, no caso concreto, averiguar a adequação e a necessidade da aplicação da sanção prevista, pois não raras as vezes em que o acusado deverá ser absolvido, correndo o risco de a sanção ser vergastada de maneira injusta, desarrazoada.

Roxin, em primeiro momento de sua acepção, defende que a função do direito penal é proteger os bens jurídicos de forma subsidiária de modo que, o direito penal estaria sempre ligado ao direito à política criminal. Assim, nem tudo o que é formalmente típico, é materialmente típico. Explicando melhor a teoria de **Roxin**, analisa-se por hora princípio da insignificância, sob um enfoque de atuação enquanto instituto de política criminal, de tal maneira que exclui a tipicidade. Um fato insignificante é formalmente típico, mas não materialmente típico.

Para efeito demonstrativo da compreensão do Funcionalismo de **Roxin**, é conveniente destacar o entendimento da nossa Suprema Corte através do julgado em destaque

Relator (a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 15/12/2009 Órgão
Julgador: Segunda Turma
Publicação
DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010
EMENT VOL-02389-03 PP-00514
Ementa: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE DESCAMINHO (CP, ART. 334, "CAPUT", SEGUNDA PARTE) - TRIBUTOS ADUANEIROS SUPOSTAMENTE DEVIDOS NO VALOR DE R\$ 8.135,12 - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há

de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE DESCAMINHO. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Aplicabilidade do postulado da insignificância ao delito de descaminho (CP, art. 334), considerado, para tanto, o inexpressivo valor do tributo sobre comércio exterior supostamente não recolhido. Precedentes.

Decisão

A Turma, à unanimidade, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 15.12.2009.

Indexação

- VIDE EMENTA E INDEXAÇÃO PARCIAL: DETERMINAÇÃO, EXTINÇÃO DO PROCESSO, AUSÊNCIA, TIPICIDADE MATERIAL, CONDUTA.

Legislação

LEG-FED DEL-002848/ANO-1940 ART-00334 "CAPUT" CP-1940
CÓDIGO PENAL

Observação

- Acórdãos citados: HC 83526, HC 84687, HC 87478, HC 88393, HC 92438, HC 92463, HC 92740, HC 93482, HC 95749, HC 96151, RE 536486, RE 550761, AI 559904 QO; RTJ 129/187, RTJ 178/310, RTJ 192/963. Resp 1111467 do STJ.

Número de páginas: 19.

Análise: 25/02/2010, ACG.

Revisão: 01/03/2010, MMR.

Já **Gunther Jakobs** filiou-se a uma concepção funcionalista radical, para ele o agente deve ser punido por agir de forma contrária à norma. Logo, na sua concepção, o Direito Penal possui como finalidade inicial a reafirmação da norma e, desse modo, a sanção fortalece a expectativa de obediência ao ordenamento.

Pode-se afirmar, desde agora, que o sistema funcional de **Jakobs** reside em um conceito especial daquilo que seja bem jurídico penal, assumindo contornos não delineados pela teoria do crime atualmente aceita, pois para o ilustre jusfilósofo, bem jurídico penal é precisamente a norma penal, de cuja tutela o Direito Penal exerce através das penas.

Co isso, o que se observa é que **Jakobs** não defende um Direito Penal preventivo, nem tampouco retributivo, pois a função da pena é, para ele, tão somente validar, reafirmar a norma penal violada.

Dadas as explicações, nas palavras de Luis Greco, em seu artigo “Introdução à dogmática funcionalista do delito”, publicado na Revista Juridica, Porto Alegre, 2000, p. 39

O Funcionalismo Penal sabe que quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e, que quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos

TEORIA DO DOLO E AS ESPÉCIES DE ERRO DE TIPO

O dolo consiste na vontade de praticar determinado ato que se sabe ser proibido pelo ordenamento jurídico. É, portanto, formado por um elemento cognitivo, qual seja, conhecer a ilicitude do ato e, um outro, o elemento volitivo, isto é, o desejo de realizar a conduta proibida. Sendo indispensável que o agente tenha consciência de que sua conduta desejada implicará na produção do resultado previsto, a chamada consciência da relação causal objetiva.

Forçoso é reconhecer os elementos do dolo, os quais foram sabidamente elucidados por Paulo Queiroz

Embora ainda hoje haja muita divergência sobre se o dolo exige só representação ou se é também vontade, fato é que representação sem vontade é coisa inexpressiva, e vontade sem representação é impossível, pois o primeiro, o conhecimento, é pressuposto de segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele, uma vez que ninguém pode querer realizar algo que não conheça. Logo, a ação não será considerada dolosa sempre

Ocorre que o próprio legislador estabeleceu a teoria do erro de tipo, a qual se relaciona intimamente com a teoria do dolo, pois o erro de tipo, essencial e o acidental, que se trata da

negação da representação exigida para configurar o dolo. Ainda bebendo da fonte do mesmo autor já citado

Logo, a ação não será considerada dolosa sempre que o agente errar sobre os elementos que o constituem, pois faltará a exata representação da realidade, não importando, para tanto, se descritivos ou normativos os elementos sobre os quais recai o erro.

Uma conclusão deve ser automaticamente extraída a partir dessa premissa, a saber, na ocorrência do erro de tipo, invariavelmente o dolo será excluído, podendo, entretanto, o agente responder a título de culpa em caso de haver previsão do crime na modalidade culposa.

Contudo, o erro de tipo pode ser inevitável, logo escusável, ou evitável, por isso inescusável. O primeiro surge no momento em que o agente não tem conhecimento da realidade que o toma, ou a tem de forma equivocada. Nessa situação o agente não pode responder por crime algum. Para efeito exemplificativo citamos o caso do sujeito que imaginava matar um animal, mas estava a matar seu amigo fantasiado.

No segundo caso, dar-se-á o erro evitável quando o agente incidir em erro por falta de prudência, e que não se verificaria o erro se as devidas precauções fossem tomadas. Por tal motivo, o agente tem excluído o dolo, mas responderá por culpa caso haja previsão do crime em tal modalidade. Exemplo dessa situação, é o agente que ouvindo o alarme de sua residência soar, dispara arma de fogo atingindo seu hospede que chegava da festa. Neste caso, o agente deveria se certificar do motivo do disparo do alarme antes de tomar medidas mais gravosas, evitando as lesões no amigo, pelas quais responderá na forma culposa.

Por fim, é essencial estabelecer também o erro de tipo accidental que se verifica nos casos de erro sobre a pessoa, erro na execução e no resultado diverso do pretendido. Em ambas as situações, não será afastado o dolo nem a culpa.

Com imenso respeito aos tópicos citados, o presente ensaio dará especial enfoque ao erro sobre a pessoa e a *aberratio ictus*.

ERRO SOBRE A PESSOA

Previsto no artigo 20, parágrafo 3º, do Código Penal, indica que ocorreu um desvio no curso causal do agente em face do resultado. Na mente dele, a vítima era quem ele realmente gostaria de ofender. Surge um engano quanto à vítima da infração penal, resultante de falha de percepção. O agente supõe matar sujeito A, entretanto, alveja o irmão dele, B.

Tal afirmação se verifica no julgamento da apelação criminal do tribunal de Justiça do Piauí

TJPI - Apelação Criminal ACR 201100010053026 PI (TJPI)

Data de Publicação: 7 de Dezembro de 2011

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL LEVE. 1. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE 2. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. As declarações da vítima vieram a corroborar a autoria e a materialidade delitiva, aliás, confessada, o que inviabilizar a aplicação do princípio do "in dubio pro réu". 2. Conforme anotado na sentença: "o 3º do art. 20 do Código Penal , o **erro** quanto à **pessoa** contra a qual o **crime** é praticado não isenta de pena, mas não se de pena, mas não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime." Encontrado em: do Código Penal , o **erro** quanto à **pessoa** contra a qual o **crime** é praticado não isenta.

Tão logo se observa que advém um afastamento do curso causal do agente em face do resultado. É quando o agente pretende ofender um sujeito e finda por afetar outro.

Ressalte-se que este tipo de erro apenas pode ser aplicado quando tratar-se de crimes na modalidade culposa.

SOBRE A ABERRATIO ICTUS

Como preleciona o ilustre jurista Damasio de Jesus, “a *aberratio ictus* significa aberração ao ataque ou desvio do golpe. Surge quando o sujeito, pretendendo atingir uma pessoa, vem a ofender outra”.

Há, contudo uma disparidade entre a relação de causalidade prevista pelo agente e o nexos causal realmente produzido.

O Código Penal no seu art.73, elucida sobre a matéria e implode as pretensões do erro na execução, como ficção jurídica

Art. 73. 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, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Tomando como fonte as teses e conclusões de nosso doutrinadores pátrios veremos os pontos distintos de analisar a *aberratio ictus*, a saber que para o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de julgamento de Habeas Corpus definiu , conforme voto do Des. Marcio Bonilha- RT 491/254

Na aberratio ictus existe um erro proveniente de inabilidade do agente: há, assim, um defeito de coordenação da conduta com o juízo, ou seja, de obediência do corpo ao espírito. Por isso o código penal a considera um crime único, no seu art. 53, salvo quando foi atingida também a pessoa visada por aquele, hipótese que se verificará o concurso de formal de crimes.

Também embasando a mesma tese posicionou-se o Tribunal de Alçada de São Paulo em sede julgamento de apelação n. 318083-9, 10.^a Câ., Rel. MUNHOZ SOARES, j. 4.4.4, v.u., JUTACRIM, LEX, 80, p. 326

Erro na execução – Agente que, pretendendo atropelar seu devedor atinge terceiro – Lesão corporal – Condenação – Os arts. 53 e 17, § 3º, segunda parte, do CP, refletem as circunstâncias inerentes às qualidades da vítima, e o erro contra esta na execução do crime não isenta de pena o executor uma vez provado o dolo compaginado à figura típica de que se cuida(...).O comportamento do apelado é o de que, pretendendo atropelar seu devedor, acabou por atropelar terceiro. E tal, como é evidente se insere nas previsões contidas no art. 53, o que a todas as letras, é como se a ação tivesse sido praticada contra Walter Reigota, o devedor. Ficou claramente demonstrado que o aceleração do veículo se deu quando se encontrava nas proximidades deste último, que saltou, acabando por ser atingido Jurandir Pimentel, a vítima, com a série de escoriações descritas às fls. 23-23.

Embora adotada pelo nosso Código Penal de 1940, a teoria da equivalência, considera que o dolo só deve abranger o resultado típico quanto aos elementos determinantes de sua espécie, sendo atualmente minoritária, para ela é prescindível que o dolo se concretize em pessoa distinta da desejada, pois sendo tipicamente equivalentes os resultados, o autor tem que responder por crime único e consumado.

Esclarecendo a tese, tem-se que, 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, A que pretende matar B, mas acerta C, responderá por crime de homicídio consumado contra B dolosamente, ainda que, de fato, tivesse matado C culposamente. De tal maneira que o desvio do curso causal não tem influência no dolo, devido à equivalência típica dos objetos, havendo, assim, homicídio consumado.

Após a reforma da parte geral do Código Penal, o que se viu foi a manutenção da previsão de que a pena não deverá ultrapassar àquela que deveria ser vergastada no caso de concurso material. Para tanto a legislação criminal orienta expressamente 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".

Com efeito, se verifica que a intenção claramente perceptível é impedir, que na hipótese de *aberratio ictus* se aplique ao agente pena mais severa, em virtude do concurso material.

Portanto, aquele que cometer mais de um delito mediante uma única ação não poderá ver aplicado a si sanção mais rigorosa que aquela imposta ao agente que, de forma reiterada em mais de uma ação, comete os mesmos crimes.

Na ficção jurídica da *aberratio ictus* são imprescindíveis três sujeitos: o autor, a vítima virtual e vítima real. De acordo com o art. 73 do CP, quando, por erro no emprego dos meios

executórios, o agente, isto é, o autor, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, qual seja, a vítima virtual, ofende pessoa diversa, ou seja, a vítima real, responde como se tivesse praticado o crime contra a primeira.

Tal situação será possível quando depararmos com a hipótese do agente que, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, pretendendo ofender determinada pessoa, atinge pessoa diversa.

É uma modalidade de erro de tipo acidental e que por tal razão não permite a exclusão da tipicidade, visto que o dolo do agente permaneceu intacto e a ficção jurídica só foi aplicada sobre circunstâncias acessórias da pessoa, ou do meio de execução, ambas estranhas ao tipo penal.

É imperioso esclarecer que na *aberratio ictus*, o agente não se confunde quanto à pessoa que pretende atingir, mas realiza o crime de forma imprudente, errando o alvo e atingindo vítima diversa.

Logo, chama atenção a disparidade entre a relação de causalidade prevista pelo agente e o nexo causal de fato produzido.

O erro na execução é também chamado na doutrina como desvio no golpe, sendo que suas consequências são as mesmas do erro sobre a pessoa, ou seja, o agente responde pelo crime como se tivesse atingido a pessoa que pretendia ofender.

Senão vejamos, de forma ilustrativa a referência ao júri do Coronel Raimundo Moacir de Sousa no Estado do Ceará pelo Ministério Público na Promotoria de Justiça do Quinto Tribunal do Júri do dia 17 de agosto de 2004, em espécie de Ação Penal por tentativa de homicídio, cujo autor da lide é o Ministério Público, tendo como réu Raimundo Moacir de Sousa e vítima Manuela Pinto Parente, julgando-se a infração do art. 121, §2º, I e IV c/ c art. 14, II e art. 163, parágrafo único, I e art. 70, todos do Código Penal

Narra a exordial libelária da lavra do jovem e brilhante promotor de Justiça, Dr. Sávio Amorim, tomando por base os trabalhos administrativos da Polícia judiciária, que no dia 22 de fevereiro de 1997, por volta das 22:30 horas, aproximadamente, na rua Meton de Alencar, nas imediações do Mercado São Sebastião, o denunciado Raimundo Moacir de Sousa, capitão dos Bombeiros, munido-se de revólver, produziu na vítima MANUELA PINTO PARENTE, de 17 anos, as lesões descritas no idôneo auto de exame de corpo de delito, prova material e idônea da delicta facta permanentis, nos

moldes do art 157 do Código de processo penal, quando na verdade queria atingir Beethoven Bastos Landim.

Num homicídio doloso, por erro na execução, o agente que atinge uma mulher, quando na verdade estava pretendendo ofender seu desafeto, responderá, pelo delito do artigo 121. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do artigo 70, ou seja, do concurso formal de crimes, em conformidade com o disposto no artigo 73, 2.^a parte, do Código Penal.

Dadas todas as especificações essenciais a nosso ver, apontar-se-á a partir de agora a aplicação da *aberratio ictus* de forma critica, tomando como início desta análise criteriosa a ausência de observação do princípio da dignidade da pessoa humana indiscutível e intransponível corolário da Constituição Federal.

Partiremos então, da critica arguta de Paulo Queiroz, abordada em sua obra *Direito Penal*, parte geral, segundo caso, verídico, que ele expôs

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 consequência, 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)

Aqui teceremos a critica de que a aplicação da *aberratio ictus* é de imensurável injustiça, pois nesse caso, a mãe sensivelmente afetada pelo resultado que produziu de forma equivocada, quando do uso do meio escolhido para matar seu marido, seria passível de receber o perdão judicial. Entretanto, pelo art.73 do Código Penal responderá pelo crime de homicídio doloso consumado e qualificado, com fulcro no art. 121,§2º, III, portanto, sendo sobre aquela mãe aplicada uma pena que varia de doze a trinta anos de reclusão.

Ocorre que aqui nesse momento deveria aplicar-se o concurso material de crimes, ou seja, tentativa de homicídio contra o marido e homicídio culposo contra os filhos, quando não fosse o entendimento do magistrado uma situação de perdão judicial, a nosso ver o mais adequado e que tutela a dignidade da pessoa humana, isentando-a de pena, tendo em vista o peso do eterno sofrimento e remorso. Com isso, se ver a desproporção da *aberratio ictus* quando inserida ao caso em destaque.

Por sua vez, se o marido da agente em destaque também fosse atingido, o mais razoável seria aplicar-se o concurso formal, com o devido aumento de pena previsto no art.70 do Código Penal.

Olhe-se que se a mãe respondesse apenas pelo que de fato cometeu, não apenas pelo que de fato pretendeu fazer, adequadamente se adotaria a teoria da concretização ou concreção, segundo a qual 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 a mãe pretendia matar o companheiro, mas vem a atingir seus filhos, responde, segundo esta teoria, por homicídio tentado contra o marido e homicídio culposo contra seus descendentes. Sendo esta a acertada teoria de **Roxin**, em seu *Derecho Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Acompanhando o desdobramento sobre o erro na execução, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em seu *Código Penal Comentado*, São Paulo, 2002, pag. 495, afirma

Finalmente, outra deveria ser a disciplina legal a respeito, também porque a *aberratio 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.

Já na visão de Jakobs, a mãe deveria responder por crime doloso consumado, apenas se ela pudesse incluir na sua representação o risco de atingir outra pessoa, e sendo possível desdobrar a previsão incluindo seus filhos.

Eis que a adoção da *aberratio ictus* poderia finalmente fazer surgir uma dúvida para nós, qual seja, a devida aplicação do Direito Penal no caso de a mãe, eventualmente, transtornada com a morte dos filhos e com suas antigas magoas do companheiro, viesse de fato a matá-lo, seria julgada, novamente, pelo mesmo crime, confrontando o princípio do *non*

bis in idem? Ou entenderia o Direito Penal que tratar-se-ia de um crime impossível, pois o marido estaria, teoricamente morto, conforme a ficção jurídica da *aberratio ictus*, ensejando em produção de impunidade quanto ao recente crime de homicídio contra o marido?

Para solucionar tais questões é que se propõe a adoção da Teoria da Concreção, de **Roxin**, que visa preservar a manutenção do tecido social, aplicando as políticas criminais que tutelam os bens jurídicos essenciais, mas fazem prevalecer o respeito a norma, conforme a dogmática penal estabelece, aplicando as sanções de forma proporcional e tutelando a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O presente ensaio é uma tentativa de expor a teoria do Funcionalismo Penal aplicando-o aos casos de erro sobre a pessoa na *aberratio ictus*, compreendida esta como a aberração no ataque ou desvio do golpe e, se faz presente quando o sujeito pretende atingir determinada pessoa e vem a ofender outra, aqui o agente não se engana quanto à vítima, mas, por erro, atinge indivíduo diverso (art. 73, CP).

O instituto em destaque assemelha-se ao erro sobre a pessoa, sendo distintos em dois aspectos: inicialmente, na *aberratio ictus* a vontade não é viciada no momento da realização do fato delituoso, o que existe é um erro ou acidente no emprego dos meios de execução deste fato, enquanto que no erro sobre a pessoa o agente pensa estar produzindo sua conduta típica sobre uma pessoa quando se trata de outra; em segundo plano, na *aberratio ictus* a vítima pretendida sofre perigo de dano, enquanto que no erro sobre a pessoa somente a vítima efetiva sofre algum dano.

Feitas as análises convenientes, é paquedermico a necessidade de se apreciar acuradamente e com a medida correta e razoável de sensibilidade a situação para, se verificando o erro, solucionar a questão da forma mais adequada, prevista na Lei Penal.

Tendo em vista que o Direito é sempre o mesmo, enquanto ciência humana, o que muda são as metodologias de compreensão e sua aplicabilidade em benefício de seu objeto principal, o homem. Como admite Paulo Queiroz

“Falar em direito penal é falar inevitavelmente de violência, mas não apenas da violência que é materializada pelos fatos considerados delituosos, como também é falar da violência que é o próprio direito penal e seus modos de atuação, pois ele é em si mesmo violência, seletiva, discriminatória, desigual e de discutível utilidade, de sorte que tão grave e importante quanto o controle da violência é a violência do controle.”

Logo, o Direito hodierno, sedizente democrático, depara-se com uma sociedade de risco, líquida e, não pode admitir que as instâncias de poder limitem a justa interação da

Justiça para com a sociedade, através do posicionamento puramente legalista dos operadores do Direito.

Com efeito, a adoção do Funcionalismo Penal nos casos da *aberratio ictus*, a priori, repudia a Teoria da Equivalência, a qual representa um resquício patológico típico de um Direito Penal do autor e, por fim, em segundo momento, pode culminar em punição mais severa que adequada. Para a Teoria dialética de **Roxin**, a finalidade originária do direito penal é prevenir delitos, protegendo os bens jurídicos, de maneira que esse fenômeno se materializa em três momentos: a cominação da pena, a individualização judicial e a execução.

Nessas ocasiões expostas, afirma-se que o direito penal está para a sociedade com intuito de dissuadir as pessoas do cometimento de crimes e, em plano paralelo, fortalecer a consciência jurídica da sociedade.

Para **Roxin**, em sua obra exaustivamente citada

O funcionalismo pretende unir a teoria do delito à teoria da pena ou integrar política criminal e dogmática penal. De acordo com esse ponto de vista, o sistema de direito penal há de estar estruturado teleologicamente, atendendo a finalidades valorativas, é dizer, às finalidades que constituem o sistema de direito penal só podem ser de tipo político-criminal, já que os pressupostos de punibilidade hão de orientar-se aos fins do direito penal, motivo pelo qual as categorias básicas do sistema tradicional(tipicidade, antijuricidade e culpabilidade) se apresentam como instrumentos de valoração política.

Por essas razões, temos que o magistrado poderá adotar entendimento diverso da ficção jurídica prevista no Código Penal, que prevê o instituto da *aberratio ictus*, atendendo a razoabilidade proposta nas idéias de **Roxin**, de tal forma que prima pelo exaurimento da impunibilidade em alguns casos, bem como pela inadequação da pena, ofertando o perdão judicial, em outros.

Os defensores dessa orientação estão de acordo em repudiar, rechaçar o ponto genitor do sistema finalista e recepcionam a idéia de que a formulação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias, senão que, única e exclusivamente, guiar-se pelas finalidades do direito penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Revista Juridica, Porto Alegre, junho de 2000.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal, 13ª ed. Belo Horizonte: Lúmen Juris, 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: parte geral, 6ª ed. revista e ampliada, de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/cleutonbarrachisilva/teoriadaimputacaoobjetiva>

[http://www.advogado.adv.br /damasiodejesus/fernandocarlomagno/errodetipoeproibicao.htm](http://www.advogado.adv.br/damasiodejesus/fernandocarlomagno/errodetipoeproibicao.htm)

<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj037006.pdf>

<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/295104/erro-sobre-a-pessoa#topicos-noticias>

<http://www.pgj.ce.gov.br/servicos/pecas/pecas.asp>