

Notas sobre o Homicídio Aleivoso no Direito Penal Peruano

Nilo Batista*

Professor Titular de Direito Penal da UERJ e da UFRJ.

“Dado que es de elemental racionalidad que cualquier pretensión de ejercicio del poder punitivo se asiente sobre la acción de una persona, su función será la de bloquear todo intento de desconocimiento de este nivel primario de republicanismo penal (nullum crimen sine conducta).”

Raúl Zaffaroni

1. O tipo de homicídio qualificado do qual nos ocuparemos se estrutura sinteticamente: *“el que mate a otro (...) con alevosía”* (art. 108, 3 CP). Sua realização é punida com privação de liberdade não inferior a quinze anos. A previsão do venefício no inciso subsequente (art. 108, 4 CP) nos dispensa do exame de seus problemas específicos. Se, na companhia de Quintano, acreditarmos que a maior gravidade do *crimen de veneficis* proveio da presunção de *“una máxima perversidad”*¹, a afinidade com a

* Agradeço ao ilustre Prof. Julio Armaza Galdos referências bibliográficas e cópias que tornaram possível esse modesto texto, por cujas impropriedades e equívocos antecipadamente me desculpo com os colegas peruanos; o fim de homenagear Raúl Zaffaroni vale esses riscos.

¹ Quintano Ripolles, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madri, 1972, ed. Rev. Der. Privado, t. I, p. 281.

aleivosia, pelo elemento - especialmente relevante no direito peruano - da perfídia, entra pelos olhos. Salinas Siccha, por essa linha, sustenta que a qualificadora “*dependerá de la existencia de los elementos propios de la alevosía*”². A principal questão que aí se apresenta diz respeito ao reconhecimento da qualificadora em casos nos quais o veneno não seja ministrado insidiosamente à vítima. Parece haver divergência na doutrina peruana: enquanto Roy Freyre³ e Villa Stein⁴ têm como indispensável o modo traiçoeiro na ingestão do veneno pela vítima, Hurtado Pozo entende que, à míngua de expressa referência legal ao elemento modal⁵, cabe reconhecer a qualificadora, qualquer que tenha sido a forma pela qual a vítima ingeriu o veneno, opinião endossada por Peña Cabrera⁶. Esperamos que, ao final dessas notas sobre o homicídio aleivoso, o leitor se incline para a primeira opinião. O lapidar rescrito de Antonino a Tício, “*plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio*”⁷, estaria privado de sentido se a comparação incluísse o veneno ministrado goela abaixo de uma vítima subjugada à força e à força boquiaberta. Também no rescrito não existe referência ao modo insidioso pelo qual deveria servir-se o veneno à vítima, e, não obstante, só esse modo de execução explica a diversa valoração das duas modalidades de homicídio.

2. Refletir sobre o homicídio aleivoso é em certa medida entrar no túnel do tempo, pois nele reside um multimilenar arqué-

² Salinas Siccha, Ramiro, *Derecho Penal*, P.E., Lima, 2004, ed. Idemsa, p. 103; este Autor menciona um aresto (*Ejecutoria Suprema* de 14.mai.98) que enfatiza ter sido a “*sustancia nociva*” empregada “*de una manera furtiva*”.

³ Roy Freyre, Luis E., *Derecho Penal*, t. I, P.E., Lima, 1986, ed. Eddili, p. 159.

⁴ Villa Stein, Javier, *Derecho Penal*, P.E., I-A, Lima, 1997, ed. San Marcos, p. 85.

⁵ “*Nuestra ley no ha establecido expresamente este requisito*” - cf. Hurtado Pozo, Jose, *Manual de Derecho Penal*, P.E., 1, Lima, 1995, ed. Juris, p. 82.

⁶ Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, v. II, Lima, 1985, ed. AFA, p. 51.

⁷ Cod., IX, XVIII, 1. Ulpiano equiparava o emprego de veneno a qualquer outro expediente que “*costume matar às ocultas (quod clam necare soleat)*”, distinguindo o emprego insidioso da hipótese na qual “*fosse o veneno ministrado à força (si venenum per vim infusum sit)*”; cf. Dig., XXIX, V, 1, §§ 17 e 18. Não pode surpreender tenham “os romanos introduzido os meios (de execução) mágicos no conceito de *venenum*” (cf. Mommsen, Theodor, *Le Droit Pénal Romain*, trad. J. Duquesne, Paris, 1907, ed. A. Fontemoing, t. 2º, p. 357).

tipo penal. No mundo homérico, como lembra Gastaldi, “somen- te em três casos era o homicídio punível: quando acompanhado de engano, contra um hóspede, e em caso de parricídio”⁸: esses três casos podem ou já puderam ser assimilados ao homicídio aleivoso. Na famosa lei de Dracon, neste particular reiterando característica da mentalidade homérica, o homicídio de ímpeto era dado por involuntário e sujeito a resposta penal mais branda⁹: o contraponto do homicídio traiçoeiro também estava nascendo. Se quisermos testar a longevidade dessas matrizes num penalista ilustrado, constatemos no projeto Vidaurre a especial gravidade do parricídio, da morte em desafio ao ancião ou ao inexperto em armas, do venefício; fitemos o gorro com a inscrição “*pérvida*” que perpetuamente usaria a mulher que matasse seu marido¹⁰. Por outro lado, constatemos também a geral exclusão do dolo pelo “excesso de uma paixão”, a equiparação do dolo de ímpeto à culpa lata quando não existir “anterior deliberação” ao delito executado, a isenção de pena no homicídio provocado por ofensa¹¹. A distinção, corrente nos práticos italianos, entre *homicidium simplex* e *homicidium deliberatum*, chegaria aos códigos penais modernos: *Totschlag* e *Mord* no direito alemão, *meurtre* e *assassinat* no francês e no suíço, *homicidio* e *asesinato* no

⁸ Gastaldi, Viviane, *Direito Penal na Grécia Antiga*, trad. M.S. Glik, Florianópolis, 2006, ed. F. Boiteux, p. 31. A Autora ilustra sua afirmação com Odisséia XIV, 402 e XXI, 22-30 e Ilíada IX, 558-61.

⁹ Sobre isto, Biscardi, Arnaldo, *Diritto Greco Antico*, Varese, 1982, ed. Giuffrè, p. 284 ss. Afinados com tal concepção, Platão sustentava que “o homem que não alimenta seu ódio e a ele cede de imediato sob um impulso repentino e sem intento deliberado se assemelha ao homicida involuntário” (*As Leis*, IX - trad. E. Bini, Bauru, 1999, ed. Edipro, p. 375) e Aristóteles estimava que “os atos devidos à cólera não são premeditados com intenção criminosa”, embora, ao tratar da imputação das ações, tenha manifestado que talvez “não seja correto chamar de involuntários os atos praticados por causa da cólera” (*Ética a Nicômacos*, V, 1.135 b e III, 1.111 a). A despeito da vigorosa contestação estoica a Aristóteles (com Sêneca, no *De ira*), o tratamento privilegiado ao homicídio de ímpeto alcançaria nossos dias.

¹⁰ Respectivamente, *Delitos Privados*, Tit. 1º, leis 2, 11, 21 e 8. Cf. Armaza Galdos, Julio (org.), *Manuel de Vidaurre - Proyecto de Código Penal*, Arequipa, 1996, ed. Consorcio del Sur, p. 92, 96-97, 102 e 95. O caso da luta para a qual o assassino provoca o ancião ou o inexperto em armas foi provavelmente inspirado no CP espanhol de 1822 (art. 609, inc. 3º).

¹¹ Respectivamente, *Leys Generales*, lei 44, e *Delitos Privados*, Tit. 1º, leis 17 e 14. Cf. Armaza Galdos, Julio (org.), *op. cit.*, p. 44, 100 e 99.

espanhol; mesmo no direito anglo-americano encontraremos a díade *manslaughter* e *murder*.

3. Especialmente interessante foi o percurso hispânico do homicídio aleivoso. O amplo levantamento do assunto nos forais municipais realizado por Camargo Hernández¹² nos revela uma rica casuística, que vai recortando situações e sinais de aleivosia. No *Fuero de Lorca* se requeria que entre autor e vítima “*no aya ante avido palabras feas, ni baraiá ni contienda*”; no *Fuero de Zorita de los Canes* temos o caso de quem “*omne enbidare a su casa a comer o a beuer (...) et lo matare*”¹³. Por vezes o parricídio era previsto, e frequentemente mencionava-se a hipótese da ruptura da paz celebrada. Como nos ensinou Hinojosa, o reconhecimento judicial do homicídio, que instaurava a *inimicitia* entre os grupos familiares do autor e da vítima e autorizava o exercício da vingança privada, implicava a perda da confiança (*diffidamentum*)¹⁴, elemento chave na compreensão da aleivosia. A morte dada ao ofensor “*ante que el rey o los alcades o de p̄or emmijgo*” implicava traição¹⁵, tanto quanto após a celebração da paz, cumpridos os ritos do “saludo”, que reuniam perante o Conselho o parente mais próximo da vítima e o autor¹⁶. A *Novísima Recopilación* contemplará a hipótese de quem “*matare a otro á traición, dada y otorga-*

¹² Camargo Hernández, César, *La alevosía*, Barcelona, 1953, ed. Bosch, p. 7 ss. Sobre a etimologia da palavra, cf. Altés Martí, Miguel A., *La Alevosía*, Valência, 1982, ed. Un. Valência, p. 8 ss.

¹³ Camargo Hernández, *op. cit.*, p. 8 e 11. O homicídio praticado entre comensais (*dum sederes mecum in mensam*) era um dos casos de *homicidium proditorium* elencados por Julius Clarus (*apud Hungria*, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1958, ed. Forense, v. V, p. 168).

¹⁴ Hinojosa, Eduardo de, *El Elemento Germánico en el Derecho Español*, Madri, 1915, ed. C. Est. Históricos, p. 37.

¹⁵ *Fuero Real*, IV, 17,4; na versão portuguesa do século XIII (Pimenta, Alfredo [org.], *Fuero Real de Afonso X, o Sábio*, Lisboa, 1946, ed. Inst. Alta Cultura), p. 153; cf. Hinojosa, *loc cit.*

¹⁶ *O Fuero de Molina* dava por traidor “*qui homne matare despues que saludado lo oviere*”; cf. Camargo Hernández, *op. cit.*, p. 9 e 13. Também nos forais portugueses existia a cerimônia de reconciliação (cf. Herculano, Alexandre, *História de Portugal*, Amadora, s/d, ed. Bertrand, v. VIII, p. 189).

da tregua y seguro”¹⁷. Também a longevidade dessas concepções pode ser verificada em Carrara, que no século XIX, embora frisando que o debate tinha apenas interesse histórico, estudava como homicídio proditório aquele “*comesso senza nuova causa dopo la stipulazione di un contratto di pace*”¹⁸. A passagem das Partidas, que pretendeu distinguir traição e aleivosia segundo a ofensa se dirigisse contra o rei ou contra “*otros omes*”, não perturbaria a histórica comistão desses conceitos; porém foi com as Partidas que pela primeira vez os autores de homicídio aleivoso foram designados como “*asesinos*”¹⁹. Sob direta influência das Partidas, as portuguesas Ordenações Afonsinas também trataram da aleivosia junto da traição (no sentido de lesa-majestade), formatando a expressão “sob mostrança d’amizade”, que chegaria às Ordenações Filipinas²⁰.

4. A expressão, enraizada nos forais, “*a traición o sobre seguro*”, chegaria ao CP espanhol de 1822 por meio de fórmula analítica muito prestigiada²¹. Da rica exemplificação de que se valeu o legislador para ilustrar o que seria “*alevosia*” ou “*a traición y sobre seguro*” está ausente o ocultamento material, a “*asechanza*”, destacada como circunstância qualificadora autônoma no inciso imediatamente anterior. Assim, ora integrada à disciplina do homi-

¹⁷ *Apud* Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Madrid, 2002, ed. Edisofer, p. 965 (Nov. Recop. XII, tit. 21, lei 10).

¹⁸ *Programma*, § 1.162.

¹⁹ *Setena Partida*, II, ley I (para a distinção entre traição e aleive) e XXVII, ley III (“*Asesinos son llamados una manera que ha de omes desesperados, e malos, que matan a los omes a traycion, de manera que non se puede dellos guardar*”); cf. *Setena Partida*, Salamanca, 1555, ed. A. de Portonariis, p. 16 e 81. Para o fracasso da distinção, Altés Martí, *op. cit.*, p. 14 e 15.

²⁰ Ord. Afo. V, II, 23; Ord. Fil. V, XXXVII. Segundo Houaiss, a palavra “alevuosia” tem seu primeiro emprego em português registrado no século XIV; as Ordenações Afonsinas são da metade do século XV (1447) e as Filipinas de 1603 (entre ambas, as Manoelinas, de 1521).

²¹ O art. 609 nomeava assassinos aqueles que matassem dolosamente outrem (...) “3ª. *Con alevosia o a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya enpeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de éste, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor; o para quitar la defensa al acometido*”.

cídio, ou pelo menos dos crimes contra a pessoa, ora remetida ao elenco de agravantes genéricas (como no CP espanhol de 1848, art. 10,2), aqui conceituada analiticamente, acolá referida tão só pelo próprio nome, a aleivosia chega aos códigos modernos ainda abraçada à traição, às vezes subjetivada como perfídia e disputando fronteiras com a premeditação. Embora, como registra Peña Cabrera Freyre com aval de Soler, não pareça que a aleivosia pressuponha necessariamente premeditação²² (pense-se no uxoricídio da esposa adormecida subitamente resolvido e executado), tem razão Castillo Alva: na prática, as duas figuras costumam coincidir²³, e certamente coincidem naquele campo teórico que fundamenta objetivamente a premeditação, através de uma doutrina entre os italianos chamada de “*minorata difesa*”²⁴. Em sua redação original, o código imperial alemão sobriamente distinguia **Mord** de **Totschlag** por ter sido o primeiro praticado com premeditação (“*mit Überlegung ausgeführt hat*”). O positivismo, cujas elaborações teóricas forneceram abundante combustível para políticas criminais genocidas e suas técnicas penalísticas de autor, optará alguma vez pela versão caracteriológica da aleivosia, que busca nos afetos ou na opção moral do sujeito o fundamento da qualificadora. Foi o que se deu na longa gestação do CP suíço, cujos trabalhos - especialmente o projeto de 1918 - foram fiéis às concepções de Stooss²⁵. O importante, como se consignaria no artigo 112 do CP suíço, é que a premeditação denote que o sujeito é “*particulièrement pervers*”, que tenha “sentimentos especialmente reprováveis (*besonders verwerfliche Gesinnung*)”: essa perfídia do sujeito é equiparada pelo tipo à sua perigosidade, ele é pérfido ou perigoso (**dange-reux, gefährlich**). Uma lei de 4 de setembro de 1941 - certas datas dispensam qualquer contextualização - reformou o tipo do **Mord** no CP imperial alemão para, entre outros elementos sobre os quais

²² Peña Cabrera Freyre, Alonso R., *Derecho Penal*, P.E., Lima, 2008, ed. Idemsa, t. I, p. 65.

²³ Castillo Alva, José Luis, *Derecho Penal*, P.E., Lima, 2008, ed. Grijley, I, p. 480.

²⁴ Sobre ela, Contieri, Enrico, *La Premeditazione*, Nápoles, 1976, ed. Jovene, p. 24 ss.

²⁵ Atesta-o Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal Suisse*, Neuchatel, 1955, ed. Delachaux & Niestlé, P.E., v. I, p. 15; cf. Germann, O. A., *Das Verbrechen in neuen Strafrecht*, Zúrique, 1942, ed. Schulthess, p. 225.

não podemos nos deter, incluir o homicídio praticado “perfidamente (*heimtückisch*)”. A despeito dos esforços doutrinários (Welzel, por exemplo, dissecava a perfídia em dois níveis: objetivamente, ela suprime do conhecimento da vítima a agressão, enquanto subjetivamente ela pressupõe “especial hipocrisia e astúcia - *besonderer Falschheit und Verschlagenheit*”²⁶), não há como discordar de Schönke e Schröder: “o conceito de perfídia é há muito tempo polêmico (*umstritten*)”²⁷, e certamente continuará a sê-lo, ao lado de outros traços do direito penal de autor.

5. Embora Hurtado Pozo se queixe da falta de clareza do conceito de aleivosia nos antecedentes legislativos nacionais peruanos²⁸, o dado mais relevante foi a opção realizada pelo CP de 1924 em favor da *perfidia*²⁹, segundo opinião comum sob influência dos trabalhos preparatórios do CP suíço. Dessa forma, durante quase sete décadas, a reconstrução dogmática do homicídio aleivoso tinha que olhar para a subjetividade traiçoeira antes que para o próprio modo de execução traiçoeiro. Mas toda a rica tradição ibérica se apresentava naqueles antecedentes, como a fórmula “*a traición o sobre seguro*”, presente no projeto de 1855 (art. 462, inc. 2º) e no CP de 1863 (art. 232, inc. 2º). O anteprojeto de 1877 ofereceu conceitos analíticos de *perfidia* e de *alevosía*, fulcrado o primeiro na neutralização da possível desconfiança da vítima atraída pela simulação de amizade ou método similar (art. 297), e o segundo na neutralização da possível suspeita da vítima, assim indefesa (art. 300). É curioso observar, nessa distinção, o quanto tais conceitos se interpenetravam, já que neutralizar a desconfiança da vítima não parece muito diferente de diligenciar para que ela não suspeite de nada.

²⁶ Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlim, 1969, ed. W. de Gruyter, p. 283.

²⁷ Schönke, Adolf e Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munique, 1980, ed. C.H. Beck, 20ª ed., p. 1354.

²⁸ *Op. cit.*, p. 62. Sobre esses antecedentes, cf. também Roy Freire, *op. cit.*, p. 156 ss.

²⁹ Art. 152 - *Se impondrá pena de muerte al que matare por ferocidad o por lucro, o para facilitar u ocultar otro delito, o con gran crueldad, o con perfidia, o por veneno, o por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas.*

6. Na economia do delito, a aleivosia representa um modo de execução que, agregado ao homicídio simples, dá lugar a um homicídio qualificado. Em nossa família jurídica, é comum que do tipo básico do homicídio provenham tipos qualificados pela agregação de motivos, meios e modos de execução, ou de certos fins especiais. São essas circunstâncias muito distintas das *accidentalia delicti*: como ensinava Luis Luisi, elas “pertencem e integram o tipo”³⁰. Ilustrando essa estrutura típica, Reyes Echandía lecionava que “*matar ‘con sevicia’ no es mas que una circunstancia modal de homicidio*”³¹. Trata-se, portanto, não apenas de demarcar o tipo objetivo do homicídio aleivoso, mas também de observar a congruência que com ele haverá de guardar o tipo subjetivo³².

7. A literatura penalística peruana, como outras - inclusive a brasileira³³ - destaca na conduta homicida aleivosa, antes de mais nada, a violação da confiança que a vítima depositava no autor. Roy Freyre definia o homicídio por perfídia como “*la muerte cometida violando la fe debida, la seguridad o la confianza que expresamente el agente había prometido a la víctima*”, distinguindo os casos em que preexistiria “*un deber de fidelidad cierto*” daqueles no qual o agente simularia “*actitudes y comportamientos que generaron confianza en la víctima*”³⁴. Tal distinção é adotada por Peña Cabrera, que também viu na perfídia “*la violación desleal de un vínculo de confianza real o aparente*”³⁵. A um “*homicidio*

³⁰ Luisi, Luis, *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*, P. Alegre, 1987, ed. Fabris, p. 53.

³¹ Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, Bogotá, 1989, ed. Temis, p. 114.

³² Na qualificação do homicídio pelos fins teremos incongruência, porquanto o fim almejado pelo agente ultrapassa sua própria conduta (fenômeno tratado inicialmente como “dolo específico”, depois conduzido para a antijuridicidade como “tendência interna transcendente” [Hegler] e hoje majoritariamente situado no tipo subjetivo: ao lado de seu elemento geral, o dolo, requisitar-se-á um elemento especial, a intenção; não presente a intenção, subsistirá apenas o homicídio simples).

³³ Para uma síntese, Batista, Nilo, *Decisões Criminais Comentadas*, Rio, 1976, ed. L. Iuris, p. 37 ss.

³⁴ *Op. cit.*, p. 155; já na regência da aleivosia, incorpora-lhe o conceito Villa Stein, *op. cit.*, p. 83-84.

³⁵ *Op. cit.*, p. 49 e 50.

bajo traición” se refere Peña Cabrera Freyre³⁶, enquanto Salinas Siccha afirma que no homicídio aleivoso “*el agente actúa a traición, vulnerando la gratitud y confianza (la bona fide) que le tiene su víctima*”³⁷. Dissente parcialmente Hurtado Pozo, quem, embora reconhecendo conduta aleivosa na “*explotación de la relación de confianza existente entre la víctima y el homicida*” e também distinguindo entre a “*confianza real o creada astuciosamente por el delincuente*”, admite aleivosia na hipótese de simples “*indefensión de la víctima*”³⁸. Dissente radicalmente Castillo Alva, cujo minucioso estudo da aleivosia, na esteira de uma corrente jurisprudencial da Corte Suprema, procura desligar a conduta aleivosa da confiança, dos deveres de lealdade, da fé devida, da amizade, em suma da “*traición a las relaciones personales*”, para centrá-la no procedimento executivo que objetivamente assegure o resultado³⁹. Nessas dissensões, podemos entrever o tropismo teórico exercido pelo segundo polo da velha fórmula ibérica (“*a traición y sobre seguro*”), dada como sinônimo de aleivosia pelo CP espanhol de 1822, ao início de sua fórmula analítica. O asseguramento da execução, reduzindo significativamente ou evitando a possível defesa da vítima⁴⁰, integra sem dúvida o homicídio aleivoso. Esquematicamente, e com todos os riscos das simplificações, poderíamos propor que matar com aleivosia acrescente à estrutura típica do homicídio simples dois elementos: a) uma deslealdade do autor, que frustra a confiança da vítima; b) a indefensão, total ou parcial, da vítima.

8. O primeiro desses elementos, a deslealdade do autor que frustra a confiança da vítima, inscreve-se evidentemente na conduta típica do homicídio aleivoso. É preciso, aqui, distinguir - como recorrente na doutrina peruana - dois modelos. No primeiro deles, o autor procura capturar a confiança da vítima, através de interações artificiosas que a façam acreditar em sua amizade.

³⁶ *Op. cit.*, t. I, p. 65.

³⁷ *Op. cit.*, p. 100.

³⁸ *Op. cit.*, p. 67.

³⁹ *Op. cit.*, p. 461 e *passim*.

⁴⁰ Assim, Villa Stein, *op. cit.*, p. 83.

Temos aqui as hipóteses clássicas do convite para a vítima jantar ou pernoitar na casa do autor, das quais participam os significados antropológicos da comensalidade e da hospitalidade; aqui caberia também a hipótese da vítima atraída, sob amável convite, para o lugar ermo onde será confortavelmente trucidada. Nesse primeiro modelo, não se exige do autor uma *mise-en-scène*, qual aquela que certa corrente exigia para o estelionato, mas é indispensável que haja alguma conduta, como requisito republicano elementar para qualquer criminalização (*nulla iniuria sine actione*). Mais: é igualmente indispensável que a indefensão, parcial ou total da vítima, constitua um efeito da conduta aleivosa do autor. Com tal postulação soluciona-se a questão do homicídio aleivoso objetivo (no qual, sem conduta do autor, a vítima se encontra parcial ou totalmente indefesa), que tantos problemas suscitou no direito penal brasileiro com a “superioridade em armas” ou no mexicano com a “*ventaja*”⁴¹. No segundo modelo, a confiança da vítima está estabelecida previamente, fundamentada seja em deveres legais de assistência e solidariedade, como aqueles que a lei civil impõe aos parentes, seja em deveres de salvaguarda e cuidado voluntariamente assumidos, como aqueles que contratualmente obrigam o guarda-costas perante a pessoa protegida ou, independentemente de contrato, vinculam o vizinho que abrigou o filho da vizinha inopinadamente hospitalizada. Nesse segundo modelo, a aleivosia é completamente assimilável à *infidelidade*, modo de execução comum aos delitos de traição à pátria, patrocínio infiel, adultério, violação de sigilo profissional, administração desleal e tantos outros, numa perspectiva que modernamente passou pelo *abus de confiance* napoleônico e pela *Untreue* alemã. Mas isso, de certa forma, aproxima esse

⁴¹ Sobre a “superioridade em sexo, força ou armas”, presente nos CPs brasileiros de 1830 e 1890, cf. Siqueira, Galdino, *Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1932, ed. Jacyntho, v. I, p. 510 ss. (embora a doutrina se contentasse com a superioridade objetiva, arestos da Relação da Côrte, de 1874, e da Relação de Ouro Preto, de 1884, entenderam ser necessário “que as armas tenham sido procuradas propositalmente pelo acusado” - p. 512); sobre a “*ventaja*”, cuja presença no CP mexicano de 1872 (influência do CP espanhol de 1822?) mereceu críticas de Carrara (*Programma*, § 1.160, nota 1), cf. Jimenez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1975, ed. Porrúa, t. II, p. 130 ss.

modelo de homicídio aleivoso daquela classe de delitos que Roxin chamou de delitos de dever (*Pflichtdelikten*) precisamente porque sua autoria não pode distinguir-se da participação pelo mero domínio do fato, mas sim pela violação de um dever extrapenal (“*die Verletzung einer ausserstrafrechtlichen Pflicht*”), entre os quais, exemplificativamente, situa ele deveres jurídico-civis de lealdade (“*zivilrechtlichen Treueverpflichtungen*”)⁴². Nesse modelo, no qual a confiança da vítima não é ardilosamente capturada nos atos preparatórios ou mesmo no processo executivo do delito, mas configura uma expectativa legitimamente fundada em prévios deveres de assistência, solidariedade, salvaguarda ou cuidado, autor será estritamente aquele obrigado pelo dever. Bem ao contrário do homicídio simples e da quase totalidade dos qualificados, este modelo de homicídio aleivoso não constitui um crime comum: seu autor será sempre alguém obrigado por um dever especial, e todo concorrente não obrigado, ainda que compartilhe da execução, só interessará como partícipe (cúmplice)⁴³. Nesse segundo modelo, é dispensável a conduta de capturar a confiança da vítima mediante qualquer interação artificiosa, já que tal confiança está previamente estabelecida. Essa diferença acarretará soluções diferentes para a constelação de casos que se podem reunir sob o rótulo da “surpresa”: enquanto no primeiro modelo a agressão subitânea pode a rigor excluir a aleivosia (sugerindo um homicídio de ímpeto), no segundo modelo ela representará sem dúvida, pela inesperada e surpreendente violação do dever, conduta aleivosa típica.

9. O segundo elemento, a indefensão total ou parcial da vítima, integra o resultado do homicídio aleivoso. Tanto quanto no venefício, é decisivo que a morte seja causada pela substân-

⁴² Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlim, 1975, ed. W. Gruyter, p. 354.

⁴³ Como ensina Günther Stratenwerth, nos delitos especiais só pode ser autor “aquele que o dever especial obriga (*dem die Sonderpflicht obliegt*)” - cf. *Strafrecht*, A.T., I, Berlim, 1971, ed. C. Heymanns, p. 212. Adotamos esta lição há três décadas (Batista, Nilo, *Concurso de Agentes*, Rio, 1979, ed. L. Iuris, p. 72), porém ainda prevalece no Brasil uma concepção formal-objetiva de autoria.

cia venenosa ingerida, aberto o espaço da tentativa na falta do respectivonexo causal (como no caso da vítima cardíaca que, já envenenada, seja acometida por um infarto fulminante, sem qualquer relação com o veneno), no homicídio aleivoso é preciso constatar não apenas a indefensão, total ou parcial, da vítima, mas também que tal indefensão foi produzida pela conduta aleivosa que exteriorizou a deslealdade do autor. Essa constatação disporá de maior utilidade no modelo em que o autor captura a confiança da vítima através de interações artificiosas, pois quando já se encontra previamente estabelecida a confiança da vítima, quase toda a agressão, violando deveres impostos legalmente ou assumidos pelo autor, atingirá alguém desprevenido, e ao menos parcialmente indefeso. Isso não prevalecerá por certo após a ruptura, expressa ou tácita, da relação de confiança. O caso da vítima adormecida, no qual a maioria da doutrina e da jurisprudência lobriga incondicionalmente homicídio aleivoso⁴⁴, pode admitir solução distinta: quando autor e vítima são notórios inimigos que já se hostilizaram publicamente, e o primeiro, tendo resolvido dar cabo do segundo, o encontra dormindo e dispara sobre ele como dispararia igualmente caso o encontrasse desperto, nem há deslealdade frustrante de confiança da vítima nem sua indefensão foi produzida por conduta do autor. Um estado ou condição da vítima, para o qual em nada contribuiu o autor, não lhe pode ser imputado. Cabe, ao contrário, reconhecer o homicídio aleivoso naqueles casos em que o autor induz ou favorece, pela ingestão de bebida alcoólica ou qualquer outro meio, o sono da vítima, pelo qual espera para executá-la, ou lhe ofereceu hospitalidade⁴⁵, e sempre reconhecê-lo no modelo da prévia confiança: a esposa que adormece ao lado do companheiro, tanto quanto a pessoa protegida que adormece tendo na sala contígua seu guarda-costas, confia estar a salvo de perigos.

⁴⁴ Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, p. 65; Villa Stein, *op. cit.*, p. 84; Castillo Alva, *op. cit.*, p. 492, com referencia a diversos arestos.

⁴⁵ “Como seu anfitrião, deveria fechar a porta contra seu assassino, e não empunhar o punhal eu mesmo (*as his host, / Who should against his murderer shut the door, / Not bear the knife myself*)” - Shakespeare, Macbeth, ato I, cena VII.

10. O tipo subjetivo do homicídio aleivoso acrescenta ao dolo do homicídio simples (vontade e consciência de matar outrem) os conteúdos correspondentes para sua congruência com o tipo objetivo. No modelo em que a confiança da vítima é artificialmente capturada, o autor consciente e voluntariamente atua para simular a ilusória amizade e assim suprimir ou reduzir suas possibilidades de defesa. É totalmente dispensável que o autor exerça um juízo axiológico negativo sobre a deslealdade de sua própria conduta. No modelo da prévia confiança, a vontade do autor conscientemente se dirige a garantir uma execução segura do homicídio (no sentido da indefensão total ou parcial da vítima), aproveitando-se de suas expectativas de assistência, solidariedade, salvaguarda ou cuidado. É igualmente dispensável que o autor atualize o conhecimento de que está infringindo um dever legal ou assumido. Apesar de respeitáveis opiniões divergentes, não há na aleivosia espaço lógico para o dolo eventual: no exemplo por vezes invocado do “amigo” que remete um presente que, ao ser aberto, detona uma bomba e mata também a esposa da vítima⁴⁶, a segunda morte estará melhor tratada como - segundo as circunstâncias - dolo direto de segundo grau (ou de consequências necessárias) ou culpa temerária. A natureza necessariamente dolosa da aleivosia é proclamada pela doutrina⁴⁷ e pela jurisprudência⁴⁸ peruanas. O tipo subjetivo do homicídio aleivoso é o dispositivo dogmático mais eficaz para distinguir os casos, puníveis como homicídio simples, de meras execuções bem planejadas, evitando a crítica proveniente da objeção teórica conhecida por “castigo do diligente”⁴⁹.

⁴⁶ Castillo Alva, *op. cit.*, p. 481.

⁴⁷ Por exemplo, Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, p. 65 e Castillo Alva, *op. cit.*, p. 479.

⁴⁸ Paradigmático o aresto da Corte Suprema, de 27 de maio de 1999, segundo o qual, no homicídio aleivoso, “*la voluntad consciente del agente ha de abarcar no solo el hecho de la muerte de una persona, sino también a la circunstancia de que esta se ejecuta a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido*” (*apud* Salinas Siccha, *op. cit.*, p. 102).

⁴⁹ Sobre o “*castigo al listo*” na literatura peruana, cf. Castillo Alva, *op. cit.*, p. 456 e Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, p. 66.

11. Inúmeras questões - como a emboscada (“*acecho, agguato, guet-apens, hinterhalt*”), não previstas especificamente na lei penal peruana, e portanto devendo submeter-se à disciplina geral da aleivosia para nela se verem subsumidas, a aleivosia superveniente, o indefeso constitucional, a vítima advertida, a morte “*que empieza como asesinato y acaba en homicidio*”⁵⁰ e tantas outras, constituem, na tradição casuística de sua formação histórica, uma espécie de Parte Especial da aleivosia. Mas isso ultrapassa os restritos limites dessas notas, nas quais apenas se pretendeu uma aproximação das dificuldades oferecidas à reconstrução dogmática pela estrutura típica sintética que, na matéria, adotou a lei penal peruana. 📄

⁵⁰ Valho-me do título do interessante artigo de Gimbernát Ordeig, Enrique, **Estudios de Derecho Penal**, Madri, 1976, ed. Civitas, p. 153 ss.