

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A FALTA DE REALIDADE DA VÍTIMA VIRTUAL

Rafael Babata Csuk de Souza

Presidente Prudente/SP

2022

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A FALTA DE REALIDADE DA VÍTIMA VIRTUAL

Rafael Babata Csuk de Souza

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso e obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2022

A FALTA DE REALIDADE DA VÍTIMA VIRTUAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Presidente Prudente, _____.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a duas pessoas. À sra. Ana Maria Csuk de Souza, minha avó paterna, e à srta. Barbara Luana Araújo da Silva, minha noiva, pois sempre me apoiaram mesmo quando o cansaço me alcançava, seguido dos pensamentos de desistência. Graças a vocês, minha base, permaneci. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, porque sempre esteve comigo, protegendo-me, guiando-me e me sustentando, mesmo quando eu não merecia, mesmo estando afastado de sua presença.

Agradeço também a minha avó paterna, sra. Ana Maria Csuk de Souza, uma verdadeira guerreira, por sempre me inspirar a perseguir os meus sonhos. Dizia ela que nunca devemos dizer “nunca”. Pois bem, cá estou me formando em Direito. Obrigado por sempre ter me apoiado.

Também agradeço a minha noiva, srta. Barbara Luana Araújo da Silva, outro exemplo a ser seguido sobre trabalho, persistência e persecução de sonhos, não fosse por você, naquele empurrão, jamais teria dado o passo inicial, lá em 2018. Obrigado por sempre estar comigo.

E, por fim, mas não menos importante, ao professor Marcus Vinicius Feltrim Aquotti por ter dispensado seu tempo nos transmitindo seus conhecimentos, tanto em aula quanto em orientação.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar os fenômenos do erro sobre a pessoa (*error in persona*) e erro na execução (*aberratio ictus*), sob a incidência do instituto da vítima virtual, criada e subordinada a existência desses dois institutos principais. Também se busca analisar os fenômenos sob a ótica da teoria da equivalência, que é a adotada pelo ordenamento penal brasileiro, mas comparando com a tese concorrente, portanto diametralmente oposta, isto é, a teoria da concretização (também chamada de teoria da concreção), uma vez que, considerando os princípios e lógica do direito penal, deveria ser a corrente admitida pelo código repressor nacional. Para tanto, inicia-se com a explicação do conceito e atual regramento, bem como é realizada digressão histórica para que seja observado em qual momento e contexto a referida figura fora introduzida em nosso ordenamento criminal. Não obstante, é realizada ambientação do atual código penal para que seja observado em que circunstâncias há incidência dos institutos, além de se debruçar sobre quais objeto jurídico e material é aplicável a dinâmica. No tópico principal, há o efetivo embate e debate sobre as teses, com apontamentos de suas virtudes e deficiências, embora seja inegável a predileção pela teoria não adotada, já que, conforme demonstrado, a teoria e regra vigentes dão causas a violações de princípios, além de causar injustiças, ao menos sociais, e gerar sentimento de impunidade. Posto isso, com base em três casos concretos e com pesquisas na doutrina, sobretudo internacional, busca-se demonstrar que a teoria adotada pelo Direito Penal Pátrio é ultrapassada, devendo a teoria não utilizada ser eleita e considerada pela legislação repressora nacional, porque é a que se aproxima do conceito de justiça e, conseqüentemente, da responsabilidade do autor pelo fato. Finalizando o estudo, é realizada uma interação entre os institutos estudados e outros fenômenos do código penal, comparando-os com as teorias basilares da vítima virtual. E, por fim, além de todo o demonstrado, debruça-se sobre a finalidade da pena, corroborando ainda mais a ideia de obsolescência da teoria adotada, devendo, com alguma urgência, ser adotada a teoria concorrente, culminando em alterações legislativas.

Palavras-chave: Vítima Virtual. Erro. Equivalência. Concretização. Responsabilidade.

ABSTRACT

This current article aims to analyze the error about person (error in persona) and error in execution (aberratio ictus) phenomenals, under the incidence of virtual victim institute, created and subordinated to the existence of these two main institutes. It also seeks to analyze the phenomena from the perspective of the theory of equivalence, which is the one adopted by the Brazilian penal system, but comparing it with the competing thesis, therefore diametrically opposed, that is the theory of concretization (also known as theory of concretion), since, considering the principles and logic of criminal law, it should be the accepted theory by the national repressive code. Therefore, it begins with the explanation of the concept and current rules, as well as a historical digression is carried out so that it is observed in which moment and context the referred figure was introduced in our criminal order. Nevertheless, the current penal code is adjusted to observe the circumstances in which the institutes have an impact, in addition to looking at which legal and material object the dynamics are applicable to. In the main topic, there is the effective clash and debate about the theses, with notes of their virtues and deficiencies, although the predilection for the theory not adopted is undeniable, since, as demonstrated, the current theory and rule give rise to violations of principles, in addition to causing injustice, at least social, and generating a feeling of impunity. Post that, based on three concrete cases and research in the doctrine, especially international, we seek to demonstrate that the theory adopted by the National Criminal Law is outdated, and the unused theory must be elected and considered by the national repressive legislation, because it is the which approaches the concept of justice and, consequently, the author's liability for the fact. At the end of the study, an interaction is carried out between the studied institutes and other phenomena of the penal code, comparing them with the basic theories of the virtual victim. And, finally, in addition to all that has been demonstrated, it focuses on the purpose of the penalty, further corroborating the idea of obsolescence of the adopted theory, with some urgency to adopt the concurrent theory, culminating in legislative changes.

Keywords: Virtual Victim. Error. Equivalency. Concretization. Liability.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

APR – Apelação Criminal

ART. – Artigo de lei

C/C – Combinado com

Codex – Código, em latim

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

INC. – Inciso

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/SC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

V.G. – Por exemplo, do latim *Verbi Gratia*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CONCEITO, CONTEXTO E HISTÓRICO NO BRASIL.....	13
3. AMBIENTAÇÃO NO CÓDIGO PENAL.....	17
3.1 Erro De Tipo Essencial.....	18
3.2 Erro De Tipo Acidental	19
3.2.1 Erro sobre a pessoa	19
3.2.2 Erro sobre o objeto	20
3.2.3 Aberratio ictus	21
3.2.4 Aberratio criminis.....	22
3.2.5 Aberratio causae	23
3.3 Objetos Material e Jurídico	24
4. A FALTA DE REALIDADE DA VÍTIMA VIRTUAL	29
4.1 Teoria Da Equivalência	30
4.1.1 Críticas à teoria da equivalência	32
4.1.2 Princípios abalados pela teoria da equivalência.....	34
4.2 Teoria Da Concretização.....	40
4.2.1 Teorias da conduta.....	41
4.2.2 Teorias do dolo.....	44
4.3 Teoria Da Concretização <i>Versus</i> Teoria Da Equivalência.....	46
4.3.1 O problema da vítima virtual: estudo de casos.....	48
4.3.2 Relação entre a vítima virtual e outros institutos penais.....	51
5. FINALIDADES DA PENA	60
6. CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS.....	67

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma análise do fenômeno da vítima virtual nos casos de erro sobre a pessoa (*error in persona*) e erro na execução (*aberratio ictus*).

A escolha do tema foi motivada porque a regra atualmente válida no ordenamento, além de parecer ultrapassada, pode causar muitas injustiças, principalmente acerca do agravamento da penalização do acusado, visto que os princípios norteadores do Direito Penal, bem como a tendência jurisprudencial e doutrinária, além da própria legislação, visam, na maioria das vezes, melhorar a situação do réu, com adoção de circunstâncias atenuantes, causas de diminuição de pena, benefícios penais e processuais, acordos etc. Ao se deparar com uma norma que vai contra essa tendência, abriu-se a oportunidade para estudo do assunto.

Por outro lado, também se enfrentou as situações em que a adoção dessa regra deixa de responsabilizar um agente e, conseqüentemente, deixa de prestar proteção a bens jurídicos atingidos, flagrando violação às finalidades da pena. Desta feita, observou-se que o regramento atual é maléfico em todas as vertentes, não só ao acusado, mas também a todo o ordenamento penalista e às vítimas.

O estudo tem por objetivo analisar a sistemática atual do regramento da vítima virtual nos casos de erro sobre a pessoa e erro na execução, mas sobretudo buscou-se analisar sob a ótica da teoria jurídica adotada pelo Código Repressor Nacional. Não obstante, apontou-se fragilidades da tese e inconsistências com os atuais entendimentos e tendências. Além disso, comparou-se com a teoria concorrente, apontando as principais diferenças entre elas e, após exposição de casos concretos, identificou-se quais as soluções para as situações, com base em cada teoria.

Para a pesquisa, explorou-se a doutrina nacional e internacional, além da observação de casos concretos e algumas situações da jurisprudência. É válido ressaltar que, infelizmente, a doutrina nacional não se aprofunda devidamente acerca do tema, limitando-se a somente explicar a dinâmica do instituto e sua aplicação conforme o *codex*. Além disso, são poucos os autores que exemplificam a regra com outras hipóteses de crime, o que pode levar ao entendimento, errôneo, de que a norma só é aplicável em determinada situação: o homicídio. O que se buscou demonstrar o contrário.

Iniciou-se o trabalho com um panorama geral do histórico da vítima virtual no Direito Penal Pátrio comum. Após, naturalmente, conceituou-se o instituto e se apontou em quais situações haverá sua incidência, à luz do código penal nacional, e se é amplamente aplicável ou se há algum tipo de limitação.

No tópico principal, iniciou-se o embate entre as teorias concorrentes: a equivalência e a concretização. Nesse momento, o referencial teórico se baseia grandemente na doutrina internacional, por conta da deficiência nacional acima apontada. Evidentemente, apontou-se pontos positivos em cada teoria, mas principalmente pontos negativos, sobretudo para a teoria considerada obsoleta.

Complementando o estudo, acerca da colisão entre as teorias, demonstrou-se necessário apresentar os princípios balizadores do direito penal e processual penal que são violados pela teoria adotada pelos legisladores quando da criação do código, lá na década de 1940. Aliás, a falta de acompanhamento à evolução da sociedade dá causas a esses problemas jurídicos.

Para facilitar a análise, utilizou-se três casos concretos, apresentando as soluções apontadas pela teoria adotada comparando com as soluções propostas pela teoria antagonista. Neste momento, evidenciou-se a problemática que uma ficção jurídica, mal sedimentada e fundamentada na realidade atual, pode causar à toda segurança jurídica.

Oportunamente, restou-se válido apresentar a relação que o erro sobre a pessoa, erro na execução e a vítima virtual tem com outros fenômenos do código penal. De igual modo, realizou-se comparação entre a solução adotada pelo direito penal, à luz da teoria da equivalência, e a solução inspirada pela teoria da concretização.

Não obstante, também se observou que há grande possibilidade de lesão às finalidades da pena por parte da teoria aderida pelo código penal brasileiro. Afinal, como mencionado, uma regra desvirtuada da realidade é de difícil solução. Na verdade, a tendência é que o emaranhado de problemas apenas aumente, não diminua.

Ademais, foram cunhadas algumas críticas ao sistema jurídico penalista, rebatendo as tendências do chamado Direito Penal de Emergência, a falta de acompanhamento da evolução social e principiológicas da área penalista, além da inexistência de uma política criminal bem definida.

Por fim, procedeu-se à conclusão. Humildemente, encarou-se a questão e apresentou soluções que são consideradas mais justas e adequadas à problemática, baseada em toda a análise da doutrina, principalmente internacional, legislação e jurisprudência realizada desde o início, mas sobretudo balizada à realidade dos fatos, que não deve ser ignorada em proveito de uma ficção jurídica.

2. CONCEITO, CONTEXTO E HISTÓRICO NO BRASIL

Inicialmente, é importante diferenciar a vítima virtual objeto desse estudo com a vítima de crimes virtuais. Esta é aquela que sofre ação criminosa em ambiente *online*, geralmente em crimes praticados pela rede mundial de computadores. Ao passo que aquela, objeto deste estudo, é a vítima pretendida numa ação delituosa, mas não a realmente atingida. Ou seja, o ato criminoso deveria ser praticado contra determinada pessoa, mas é efetivada contra terceiro.

A figura da vítima virtual está relacionada aos fenômenos do *error in persona* (erro sobre a pessoa) e *aberratio ictus* (erro na execução), que serão analisados detalhadamente adiante, e possui uma importante característica. Isso porque a regra, para fins de aplicação da pena, consiste em considerar as características e qualidades da vítima pretendida (vítima virtual), ignorando as da vítima efetivamente atingida (MASSON, 2019, p. 267). Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 482), “as condições ou qualidades individuais, do alvo pretendido, são levadas em conta para a configuração do delito e sua punição; interessa a vítima virtual, e não as da vítima real.”. Portanto, a vítima atingida absorverá as condições, características e qualidades da vítima virtual, seja para configuração do delito, seja para responsabilização do sujeito ativo.

Por exemplo, “se (um agente) quis matar seu pai e mata um terceiro, será parricida; ao contrário, não haverá homicídio agravado se desejou matar outrem que não o genitor, que, por erro, vem a ser atingido” (MAGALHÃES NORONHA, 2004, p.155). Clarifica-se, caso a vontade do agente seja de matar o pai, mas atinge fatalmente outro, pela regra da lei penal brasileira, responderá como se tivesse assassinado o pai. Porém, se deseja atentar contra outro e vem a atingir o pai, não estará sujeito a agravante genérica do parricídio (art. 61, II, “e”, Código Penal¹).

Criou-se, portanto, uma ficção jurídica acerca da configuração do crime, responsabilização do agente e aplicação da pena.

O termo “ficção” tem origem da palavra em Latim *fictus*, que por sua vez é derivada de *fingere*. Significa, entre outros conceitos, inventar, modelar ou fingir.

¹ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: [...] e) **contra ascendente**, descendente, irmão ou cônjuge (grifo nosso);

Nesse contexto, a ficção jurídica é uma invenção, modelamento ou fingimento assumido como verdadeiro pelo ordenamento jurídico. Afinal, as condições e características da vítima atingida darão lugar às qualidades e demais atributos da vítima almejada. Assim sendo, há ruptura com a realidade dos fatos para que, no caso, haja responsabilização, geralmente mais gravosa ao agente.

Para Rudolf von Ihering, a ficção jurídica “[...] *it is a refined lie in law where it is used to declare the true some fact that was made up*”² (apud Panomariovas, 2011, p. 727).

A criação de um fato contrário à lógica do ordenamento, ou contrário à realidade dos fatos, se faz necessária em alguns momentos, seja para responsabilizar uma conduta ou para desconsiderá-la. Enfim, trata-se de questão de política criminal³.

A política criminal, nas palavras de Fontes e Hoffmann (2019, p. 46), “[...] é o conjunto de princípios e recomendações para reforma e transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação.”.

É o instituto responsável por direcionar o Direito Penal. Por exemplo, a eleição de bens jurídicos é uma das funções da política criminal. O que é entendido como crime em determinada época, pode não ser mais assim considerado em outro período, como é o caso dos extintos crimes de Sedução e Adulterio, revogados⁴ pela lei nº 11.106/2005.

Atualmente, a política criminal carrega o estereótipo de ser um instituto de crítica ao Direito Penal. Não sem razão, mas não se pode resumir a apenas essa função.

Se por política se entende a ciência ou arte de governo, por política criminal pode-se entender a política relativa ao fenômeno criminal, o que não seria mais que um capítulo da política geral. Política criminal seria a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal. A política criminal guia as decisões tomadas pelo poder político ou proporciona os argumentos para criticar estas decisões. Cumpre, portanto, uma função de guia e de crítica. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 122).

² [...] é uma mentira refinada na lei que é usada para declarar a verdade em fato que foi inventado. Tradução livre.

³ Há alguns exemplos consagrados da política criminal no ordenamento penal, como o instituto do crime continuado, no qual se adotou a teoria da ficção de Francesco Carrara, e a despenalização, em relação ao encarceramento, do crime previsto no artigo 28 da lei nº 11.343/2006 (lei de drogas).

⁴ Eram fundamentados nos antigos artigos 217 e 240, ambos do Código Penal.

Com base no histórico do instituto da vítima virtual no ordenamento penal brasileiro, pode-se notar a dinâmica da política criminal aplicada.

Não existia a figura da vítima virtual no Código Criminal do Império, de 1830, tampouco no Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, de 1890, embora este último tenha inserido e disciplinado que o erro sobre a pessoa não dirime, nem exclui a intenção criminosa, assim como é regado atualmente.

O instituto da vítima virtual tem criação apenas no Código Penal de 1940, momento em que o legislador modificou a regra do erro sobre a pessoa (de 1890), instituindo formalmente a regra da vítima virtual, em relação à aplicação da pena. Compara-se:

Art. 26. Não derimem nem excluem a intenção criminosa:
[...]
b) o erro sobre a pessoa ou coisa a que se dirigir o crime; (CÓDIGO PENAL, 1890).
Art. 17. É isento de pena quem comete o crime por erro quando ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.
[...]
§3º O erro quando à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. (CÓDIGO PENAL, 1940, Redação Original).

Segundo o item 15 da Exposição de Motivos do Código Penal atual, redigida pelo Ministro Francisco Campos (1940), a criação do instituto apenas ratificou o entendimento firmado pela jurisprudência da época:

[...] Quanto ao error in persona (êrro acidental), o projeto reproduz o direito atual, declarando-o Indiferente. Apenas acrescenta a regra, já firmada, aliás, pela jurisprudência, de que, em tal caso, "não se consideram as condições ou qualidades da vitima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Nesse momento, evidencia-se a atuação da política criminal, já que houve a legalização de uma regra que, à época, estava sendo dominante na jurisprudência. Nesse caso, veio para suprir possíveis lacunas deixadas pela lei.

No código penal de 1940, também houve a criação dos institutos do erro na execução. Em se tratando da *aberratio ictus*, o código desde sua introdução o relacionou com a vítima virtual. Portanto, a *fictio juris* (ficção jurídica, aqui entendida

como vítima virtual) está intimamente relacionada com os institutos do *error in persona* e *aberratio ictus*.

Portanto, é possível afirmar que a vítima virtual é um fenômeno acessório, dependendo sempre da existência das situações previstas no erro sobre a pessoa e no erro na execução, então considerados institutos principais.

Na redação original, estavam previstos nos artigos 17, §3º (erro sobre a pessoa) e 53 (erro na execução). Porém, com a reforma realizada pela lei 7.209/1984, a fundamentação passou a ser a que conhecemos atualmente, ou seja, artigos 20, §3º e 73, respectivamente, ambos do Código Penal evidentemente.

3. AMBIENTAÇÃO NO CÓDIGO PENAL

Inicialmente, é necessário abordar e esclarecer os institutos jurídicos que estão inseridos no ambiente da vítima virtual. Tratam-se dos erros.

Primeiramente, conceitua-se erro como sendo “[...] uma falsa noção ou um falso conhecimento de um fato ou de uma regra jurídica” (PRADO, 2012, p. 490). Ou, nas palavras de Cléber Masson (2019, p. 261) “[...] a falsa percepção da realidade ou falso conhecimento de determinado objeto.”.

O Código Penal elenca duas espécies de erro: o erro de tipo e o erro de proibição (também chamado de erro sobre a ilicitude do fato). Como leciona Damásio de Jesus (2020, p. 338), “erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora.”. Já o erro de proibição “[...] pode eliminar a possibilidade exigível de compreender a antijuricidade e, conseqüentemente, fazer com que a conduta, ainda que típica e antijurídica, não seja reprovável (culpável).” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 428-429).

Assim sendo, erro de tipo cuida dos elementos constitutivos do tipo penal, ao passo que o erro de proibição está relacionado à culpabilidade do agente. No primeiro, o agente não possui conhecimento sobre a ilicitude da conduta, ao passo que no segundo há, mas ignora-o (CUNHA, 2015, p. 207).

O erro de tipo está fundamentado no artigo 20 do Código Penal, que preceitua: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

É ainda dividido em erro de tipo essencial e erro de tipo accidental. Quando se tratar de elementos constitutivos do tipo penal, isto é, elementares ou circunstâncias do fato, verifica-se estar diante de erro de tipo essencial (JESUS, 2020, p. 340). Já o erro de tipo accidental, segundo Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 481) “é o que recai sobre elementos secundários ou acessórios dos elementos constitutivos.”. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha (2015, p. 209), “é o erro que recai sobre dados secundários, periféricos do tipo”. Portanto, é o erro relacionado aos dados accidentais da figura típica, considerados penalmente irrelevantes, bem como ao modo de execução (MASSON, 2019, p. 267; JESUS, 2020, p. 349).

3.1 Erro De Tipo Essencial

Como explícito na fundamentação legal, o erro de tipo essencial exclui o dolo, mas permite a punição por ação ou omissão culposa, caso tenha previsão na lei. Acontece isso porque não há a finalidade típica do agente em relação à sua conduta. “Não havendo o querer da realização do tipo objetivo, não há dolo e, portanto, a conduta é atípica. São casos em que há tipicidade objetiva, mas não há tipicidade subjetiva, porque falta o dolo” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 428).

Há, ainda, outra divisão. São espécies de erro de tipo essencial, o erro escusável (justificável, inevitável ou invencível) e o erro inescusável (injustificável, evitável ou vencível). Em suma, o erro de tipo inevitável, como o próprio nome sugere, não deriva de culpa do agente, mesmo se tivesse adotado cautela que se espera de um “homem médio⁵”, sendo assim não deveria responder sequer por crime culposos. De modo diverso, o erro de tipo evitável deriva de culpa do indivíduo, já que caso empregasse a cautela esperada, poderia ser evitado (MASSON, 2019, p. 263).

Em regra, o erro de tipo essencial exclui o dolo, mas pode haver casos em que, removendo determinada elementar do tipo, subsista outra figura típica. Exemplifica Paulo Queiroz (p. 202 apud Rogério Sanches Cunha, 2015, p. 208):

Pode o erro de tipo acarretar outros efeitos que não a exclusão do dolo ou da culpa, como à desclassificação do delito. Assim, se o sujeito desacatar funcionário público, desconhecendo essa sua qualidade, poderá responder não por desacato (CP, art. 331), mas por crime contra a honra (v.g., injúria).

O erro de tipo essencial ainda comporta os conceitos e efeitos das discriminantes putativas, bem como o erro determinado por terceiro – arts. 20, §§1º e 2º, respectivamente. Entretanto, por não ser o foco principal desta pesquisa, estes temas não serão aqui abordados.

⁵ Outra ficção jurídica criada e adotada por boa parte da doutrina. Ignorando, porém, as condições individuais e regionais, além das disparidades sociais do Brasil. De qualquer forma, deve ser calcada em critérios razoáveis, ou seja, no bom senso.

3.2 Erro De Tipo Acidental

Como exposto anteriormente, erro de tipo acidental é aquele que incide sobre as circunstâncias acessórias do fato e outros dados irrelevantes do tipo penal.

Diferentemente, segundo a lei penal brasileira, o erro de tipo acidental não exclui o dolo, “porque, na verdade, o agente não erra sobre qualquer elementar, circunstâncias ou outro dado que se agregue à figura típica” (GRECO, 2015, p. 359). Em outras palavras, o erro de tipo acidental não é capaz de afetar o agente quanto a ilicitude do fato, por isso não exclui o dolo.

É dividida em erro sobre o objeto material, erro sobre as qualificadoras e erro na execução do crime.

Há, ainda, outras subdivisões. Segundo a classificação de André Estefam (2018, p. 250-256), o erro sobre o objeto material também é dividido em erro sobre a pessoa (art. 20, §3º, CP) e erro sobre o objeto (propriamente dito); e o erro na execução pode ser dividido em *aberratio ictus* (art. 73, CP), *aberratio criminis* (art. 74, CP) e *aberratio causae*.

Por outro lado, segundo a classificação adotada pelo professor Paulo Queiroz (2009, p. 223), o erro na execução é espécie do gênero erro sobre a pessoa, razão pela qual “[...] o tratamento jurídico-penal para ambos os casos é o mesmo: o agente responde como se tivesse cometido o crime contra a vítima virtual e não a real.”. Ou seja, a solução dada pela legislação é a mesma para os casos de erro sobre a pessoa e erro na execução, conforme será demonstrado adiante.

É no erro sobre a pessoa que encontramos a figura central desse estudo: a vítima virtual.

Contudo, antes de começar a análise sobre esse instituto e consequências (efeitos), deve-se vislumbrar o panorama geral dos erros de tipo acidental e sua aplicação atual, conforme a legislação penal nacional.

3.2.1 Erro sobre a pessoa

É também conhecido como *error in persona*.

Há uma confusão entre pessoas. O agente representa mal determinada pessoa, atentando contra terceiro que supôs ser o alvo de sua ação. Portanto, trata-

se de um desvio na representação. Segundo Damásio de Jesus (2020, p. 350-351), “ele pretende atingir certa pessoa, vindo a ofender outra inocente pensando tratar-se da primeira”.

Há fundamentação legal no artigo 20, §3º: “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena...”. Evidentemente, há responsabilidade pelo ato, pois as normas penais não tutelam particulares, mas sim bens jurídicos. Ou seja, é irrelevante, até então, se o agente acerta “B”, supondo ser “A”, pois se houve lesão, ou pelo menos tentativa de lesão, a algum bem jurídico da vítima realmente atingida (v.g. vida, integridade física, honra, dignidade sexual etc.), logo houve crime e, portanto, deve haver responsabilização.

O problema, porém, encontra-se na segunda parte do dispositivo: “[...] não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.”. Nasce aqui, a vítima virtual. Para fins de aplicação de pena, deve-se considerar as qualidades individuais da vítima pretendida, não da vítima efetiva (atingida ou real) (MASSON, 2019, p. 267).

Conforme exemplo extraído da obra de Rogério Greco (2015, p. 360), o agente que desejando matar seu pai, acaba por matar seu vizinho pensando que era seu genitor, responderá como se tivesse consumado o homicídio contra seu genitor. Inclusive, incidirá agravante genérica do crime praticado contra ascendente.

3.2.2 Erro sobre o objeto

Assim como no erro sobre a pessoa, há um desvio de representação, mas aqui em relação ao objeto almejado na conduta. Segundo Masson (2019, p. 268), é irrelevante se o agente intenta subtrair, sem violência ou grave ameaça à pessoa, um relógio da marca *Rolex* avaliado em centenas de milhares de reais, mas acaba por subtrair uma réplica que vale menos de mil reais. A intenção é a mesma, bem como a conduta, que no exemplo acima é tipificada como furto (art. 155, CP).

Como já examinado, as normas penais tutelam bens fundamentais da vida e não determinada marca de relógio, automóvel ou vestimenta. No caso exemplificado, a tutela recai sobre o patrimônio das pessoas.

Fica evidente nesse caso, bem como no *error in persona*, que o agente conhece sobre a ilicitude do fato, há apenas erro sobre qual objeto material será atingido, mas a conduta ilícita é praticada.

3.2.3 Aberratio ictus

É gênero da espécie de erro na execução.

Significa, segundo Damásio de Jesus (2020, p. 351), “aberração no ataque ou desvio do golpe.”. A dinâmica da *aberratio ictus* pode ser vislumbrada com as palavras de Hans Welzel (1956, p. 79):

[...] El hecho dirigido contra un determinado objeto de acción no afecta a éste, sino a otro equivalente.
A quiere matar de un tiro a B, pero el disparo va a dar a C, que está a su lado. Si existió la posibilidad de una desviación del curso del acontecer dentro del marco de la experiencia diaria (causalidad adecuada), y si el resultado acarreado es típicamente equivalente al querido, entonces existe un delito doloso consumado⁶.

O agente, por inabilidade ou erro de manejo dos meios de execução, atinge pessoa diversa da pretendida. Diferentemente do erro sobre o objeto material, não há desvio de representação, mas “equivoco na execução do fato” (ESTEFAM, 2018, p. 252). Novamente, um inocente é atingido, embora a pessoa inicialmente cogitada também possa ser.

No *error in persona*, a vítima pretendida não está presente no mesmo ambiente imediato, já na *aberratio ictus* ela pode estar ou não, mas só não é atingida por erro na execução ou acidente. Nessa modalidade, a relação se dá entre pessoas – *persona in personam*.

Há previsão legal no artigo 73 do Código Penal, também havendo o aparecimento da figura da vítima virtual:

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,

⁶ O fato dirigido contra um determinado objeto de ação não o atinge, mas a um equivalente.

A quer atirar em B para mata-lo, mas o tiro acerta a C, que está ao lado dele.

Se houver a possibilidade de um desvio do curso do evento no contexto da experiência diária (causalidade adequada), e se o resultado gerado for tipicamente equivalente ao pretendido, então há um crime doloso consumado. Tradução livre.

responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código.

Antes da reforma da parte geral do código o fundamento era o artigo 53.

Assim justificaram:

[...] 28. No art. 53, é disciplinada a *aberratio ictus seu actus*, que eventualmente pode redundar num concurso de crimes. O projeto vê na aberratio uma unidade substancial de crime ou, seja, um só crime doloso (absorvida por êste a tentativa contra a pessoa visada pelo agente), ou, no caso de ser também atingida a pessoa visada, um concurso formal de crimes. Na primeira hipótese, o êrro sôbre o objeto material (e não sôbre o objeto jurídico) é acidental e, portanto, irrelevante. Na segunda hipótese, a solução dada se justifica pela unidade da atividade criminosa. (CAMPOS, 1940, Exposição dos Motivos do Código Penal).

A *aberratio ictus* é dividida em duas modalidades: com resultado único (unidade simples) ou com resultado duplo (unidade complexa).

O erro na execução com resultado simples é o previsto na primeira parte do artigo 73 (acima explicitado), isto é, quando o agente atinge tão somente pessoa diversa. De forma contrária, no erro na execução com unidade complexa, o agente atinge não apenas a vítima pretendida, mas também inocente não almejado. Dessa forma, conforme a segunda parte do código, aplica-se a regra do concurso formal próprio ou perfeito (NUCCI, 2020, p. 758).

É bem advertido por Cléber Masson (2019, p. 270), que só é aplicável a regra do concurso formal próprio caso os terceiros sejam atingidos de forma culposa. Havendo dolo, ainda que eventual, deve-se aplicar a regra do concurso formal imperfeito.

3.2.4 Aberratio criminis

Também é conhecido como resultado diverso do pretendido, tendo previsão legal no artigo 74 do Código Penal: “[...] quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

Nessa modalidade de erro na execução, a relação se dá entre bens jurídicos diversos – *persona in rem*. Por exemplo, o agente quer atingir a integridade

física de alguém, mas por erro na execução, atinge o patrimônio. É importante destacar, todavia, que não é necessário que o bem jurídico atingido pertença à vítima pretendida.

O exemplo clássico, formulado por Giuseppe Maggiore, é do agente que, querendo danificar a janela alheia, atira uma pedra, mas por erro, lesiona um pedestre (JESUS, 2020, p. 356). Insta salientar, que o agente só responderá pelo resultado de sua conduta culposa, caso esta seja prevista em lei.

De igual modo à *aberratio ictus*, há duas modalidades: resultado único e resultado duplo, que têm as mesmas dinâmicas e consequências do erro na execução em sentido estrito.

Entretanto, se o resultado culposo não for admitido pela lei ou for menos grave em relação ao intento, a regra da *aberratio criminis* deve ser desprezada. Por exemplo, se o agente atira contra a vítima para matá-la, mas erra e acerta uma vidraça, a regra implicaria na absorção da tentativa de homicídio. Porém, como bem ressalta Cléber Masson (2020, p. 271), dano culposo não é tipificado pelo Código Penal, mas ainda que fosse, o homicídio tentado deve o absorver, por ser mais grave. Sendo assim, no exemplo, deveria o agente ser responsabilizado por tentativa de homicídio.

3.2.5 Aberratio causae

Pode ser chamado de erro sobre a causalidade, ou erro sobre o nexos causal, e está relacionado ao engano à causa do resultado. É penalmente irrelevante, porque o resultado naturalístico foi alcançado pelo agente, ainda que de maneira diversa da execução idealizada (MASSON, 2019, p. 268).

Por exemplo, um agente dispara contra a cabeça da vítima objetivando matá-la; imaginando estar morta, embala o corpo em um saco plástico. Contudo, o exame necroscópico, realizado pelo Instituto Médico-Legal, constata que a causa da morte se deu por asfixia, na modalidade confinamento. Em que pese o resultado naturalístico fora alcançado, que é a morte da vítima, deu-se de maneira diversa da almejada.

Tem importância somente na aplicação da pena, porque pode incidir qualificadoras, agravantes ou causas de aumento ou diminuição de pena que na

causa desejada podem não existir. No exemplo em tela, considerando tão somente o disparo de arma de fogo e o confinamento, o primeiro não qualifica ou agrava, ao passo que o segundo qualifica o crime, previsto no artigo 121, §2º, III⁷, do Código Penal.

Todavia, para fins didáticos, é válido ressaltar que a lei nº 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”, adicionou mais uma qualificadora ao crime de homicídio, consistente na utilização de arma de fogo de uso restrito⁸ ou proibido⁹ (inc. VIII do art. 121, CP). Portanto, o exemplo acima mencionado só terá efeito se o disparo for de arma de fogo de uso permitido, do contrário as consequências serão as mesmas.

3.3 Objetos Material e Jurídico

Objeto material, segundo Mirabete (2001, p. 127), “é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, ou seja, aquilo que a ação delituosa atinge. Está ele direta ou indiretamente indicado na figura penal.”. No caso de um homicídio, por exemplo, o objeto material é o ser humano assassinado pelo agente (MASSON, 2019, p.166).

Da análise dos institutos principais (erro sobre a pessoa e erro na execução), percebe-se que o dispositivo visa a proteção da pessoa, tanto que na *aberratio ictus* a relação se dá entre pessoas – *persona in personam*. Se a interação é diversa, isto é pessoa *versus* coisa (*persona in rem*), estar-se diante da *aberratio criminis* ou resultado diverso do pretendido (art. 74, CP).

Portanto, afirma-se que o objeto material da conduta, nos casos de erro sobre a pessoa e erro na execução, será, via de regra, a pessoa.

⁷ Art. 121. Matar alguém: [...] § 2º Se o homicídio é cometido: [...] III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, **asfixia**, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (grifo nosso).

⁸ Segundo o Regulamento de Produtos Controlados, considera-se arma de fogo de uso restrito as armas automáticas, de qualquer calibre; semiautomáticas ou de repetição que não sejam portáteis, de porte ou portáteis de alma raiada cuja energia seja superior a 1.620 joules.

⁹ Considera-se arma de fogo de uso proibido àquela assim considerada em acordo ou tratado internacional em que o Brasil seja signatário ou armas de fogo dissimuladas, com aparência inofensiva, conceito extraído do Regulamento de Produtos Controlados.

A limitação do objeto material é de suma importância, porque se assim não procedesse o legislador, abrir-se-iam brechas que poderiam complicar ainda mais a aplicação do instituto.

Além da interpretação em si, também é possível identificar que a “pessoa”, determinada nos dispositivos, trata-se do objeto material, porque a própria classificação do erro sobre a pessoa é espécie do gênero de erro sobre o objeto material (ESTEFAM, 2018, p. 250-256).

Entretanto, considerando que não houvesse limitação, levanta-se a seguinte situação hipotética: o agente se apodera de um celular que estava sobre a mesa da cozinha, pensando se tratar de objeto de sua mãe, de 50 anos. Após a posse mansa e pacífica da *res furtiva*, dá a destinação que deseja. Entretanto, o celular era de propriedade de uma amiga da mãe que estava na casa.

Caso o instituto da vítima virtual fosse aplicável em quaisquer situações que houvesse erro sobre a pessoa, na hipótese acima levantada também seria possível. Então, segundo o regramento, a vítima real assumiria as qualidades e características da vítima virtual. Portanto, a amiga se “tornaria” a mãe.

Nesse caso, aplicando-se o conceito das escusas absolutórias, o agente estaria isento de pena por ter praticado furto contra objeto que pensava ser de sua mãe (art. 181, II, CP)¹⁰.

Contudo, não é o caso.

A situação hipotética só seria possível se a redação do dispositivo previsse o erro sobre o sujeito passivo, que “é o titular do bem jurídico protegido pela lei penal violada por meio da conduta criminosa” (MASSON, 2019, p.166).

É importante destacar que esse exercício de diferenciação é necessário, porque há casos em que o objeto material e o sujeito passivo se confundem. “Nas lesões corporais a pessoa que sofre a ofensa à integridade corporal é, ao mesmo tempo, sujeito passivo e objeto material do crime previsto no art. 129 do CP (a ação é exercida sobre seu corpo)” (MIRABETE, 2001, p. 127).

Assim sendo, nos casos de erro sobre a pessoa e na execução, o objeto material, para validar estes institutos, deve ser a pessoa.

¹⁰ Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: [...] II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

O objeto jurídico, por seu turno, é assim definido por Magalhães Noronha:

[...] é o bem-interesse protegido pela norma penal. Bem é o que satisfaz a uma necessidade do homem, seja de natureza material ou imaterial: vida, honra etc. Interesse é a relação psicológica em torno desse bem, é sua estimativa, sua valorização (2004, p. 115).

Nas palavras modernas, é o bem-jurídico que a norma penal tutela, protege, defende etc. (CUNHA, 2015, p. 158).

Ao analisar os institutos principais da vítima virtual, pode-se notar que não há afirmação sobre qual bem-jurídico a norma tutela. É necessário adotar todos os critérios existentes de hermenêutica jurídica, para que seja possível extrair a vontade do legislador e, conseqüentemente, o sentido da norma.

Acontece que a doutrina, ao explicar sobre o *error in persona* e *aberratio ictus*, utiliza-se, massivamente, do homicídio como caso exemplificativo. Essa situação aliada à taxatividade do dispositivo, em delimitar apenas os erros em relação às pessoas, acaba por induzir o entendimento de que só haverá a existência do erro sobre a pessoa ou erro na execução nos casos de homicídios.

Não procede.

Não há delimitação normativa acerca do bem-jurídico protegido pelo erro sobre a pessoa e erro na execução. Na verdade, é necessário que seja realizada interpretação conjunta. Isto é, em todo caso que o bem-jurídico possa ser violado por lesão à pessoa (objeto material), poderá haver a incidência da vítima virtual, se for o caso de erro sobre a pessoa ou erro na execução.

Sendo assim, é plenamente possível a aplicação dos conceitos dos erros, por exemplo, nos casos de lesão corporal (integridade física), ameaça (liberdade individual), injúria (honra) etc. sendo vasta a jurisprudência acerca da possibilidade em outros crimes diversos do homicídio.

Lesão corporal leve – Violência doméstica – Insignificância penal da conduta – Não caracterização – Condenação. Incidência da Lei Maria da Penha – Erro na execução – Não se consideram as qualidades da vítima, mas as da pessoa visada pelo agente. Pena – Reincidência – Condenação com trânsito em julgado posterior à data dos fatos – Não configuração. Regime prisional aberto – Cabimento. (TJ-SP – APR: 00027137020148260417 SP 0002713-70.2014.8.26.0417, Relator: Vico Mañas, Data de Julgamento: 31/07/2019, 12ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 02/08/2019).

APELAÇÃO CRIMINAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CÓDIGO PENAL) E LESÃO CORPORAL COMETIDA NO ÂMBITO DOMÉSTICO (ART. 129, § 9º, CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. PRETENDIDO O AFASTAMENTO DA LEI N. 11.340/06 QUANTO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. ABERRATIO ICTUS COM RESULTADO ÚNICO. ANIMUS LAEDENDI QUE DEFLUI DO ALVO ORIGINALMENTE VISADO PELO AGENTE, INDEPENDENTEMENTE DO ALVO EFETIVAMENTE ATINGIDO TER SIDO OUTRO. MÉRITO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS DA VÍTIMA CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. POR FIM, PLEITO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA CUJO EXAME INCUMBE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Quando alguém tem por objetivo ferir certa pessoa, mas, por erro na execução, lesa outro ser humano, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela. 2. Não há falar em inexistência de prova que recomende a absolvição, quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação do acusado pelos crimes descritos no art. 129, § 9º, e no art. 344, ambos do Código Penal. 3. Não merece conhecimento o pedido recursal de concessão de justiça gratuita, com a consequente isenção do pagamento das custas processuais, por ser questão cujo exame incumbe ao juízo de primeiro grau. (TJ-SC - APR: 00272512220168240023 Capital 0027251-22.2016.8.24.0023, Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 06/02/2020, Primeira Câmara Criminal)

APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÕES CORPORAI DE NATUREZA LEVE, AMEAÇA E VIAS DE FATO – Réu que se conforma com a condenação e busca apenas a redução das penas-base em relação a todas as infrações, bem como o afastamento das agravantes para a contravenção penal – Possibilidade – Mitigação das penas na primeira etapa do cálculo dosimétrico e, em relação à contravenção, redução também na segunda fase da dosimetria – Erro na execução – Vítima pretendida diversa da pessoa atingida – Réu que deve responder pelos atos praticados, levando-se em consideração apenas as condições da pessoa contra quem pretendia atingir – Aplicação do disposto nos artigos 20, §3º, e 73, ambos do Código Penal- Regime aberto preservado – Recurso parcialmente provido. (TJ-SP – APR: 00018482820188260572 SP 0001848-28.2018.8.26.0572, Relator: Nelson Fonseca Junior, Data de Julgamento: 11/05/2020, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/05/2020)

Também é naturalmente possível a incidência das regras dos erros tratados nos casos de crimes contra a dignidade e liberdade sexual.

Por exemplo, um agente deseja atacar sexualmente determinada menina menor de 14 anos, do qual sabia dessa condição, durante o retorno da escola. No momento do ataque, confunde a vítima e acaba por atacar outra mulher, com 20 anos de idade, mas com as mesmas características físicas, que estava a caminho do

trabalho. Considerando tão somente a regra¹¹, não há óbice para que seja processado por estupro de vulnerável¹², já que agiu em erro sobre a pessoa.

Clarificando, a regra de incidência da vítima virtual nos casos de erro sobre a pessoa ou erro na execução é possível contra lesões a quaisquer bens-jurídicos, se, e somente se, a violação possa ser materializada contra a pessoa.

¹¹ E é aí que a problemática está inserida. Afinal, o direito é regido por regras, normas e princípios, com prevalência desses dois últimos, e sempre buscando a harmonia entre eles.

¹² Artigo 217-A, do Código Penal: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos

4. A FALTA DE REALIDADE DA VÍTIMA VIRTUAL

As ficções jurídicas, como estudado, são rupturas com a realidade dos fatos para que uma conduta seja alcançada por uma norma jurídica ou para que sua incidência seja afastada. No código penal, há alguns exemplos de ficções, como o crime continuado (art. 71), a imputação de responsabilidade objetiva nos casos de embriaguez, a inimputabilidade dos menores de dezoito anos (como presunção absoluta) e a regra de responsabilidade nos casos de erro sobre a pessoa e erro na execução.

A legalização da dinâmica da assunção das características e qualidades da vítima virtual, é fruto da função garantista do Direito Penal, já que só pode haver punição caso a conduta esteja tipificada em lei como infração penal¹³ (MASSON, 2019, p. 9).

Franz Von Liszt identifica o código penal como magna carta do delinquente, porque o código repressor não protege a coletividade, “[...] ‘mas o indivíduo que contra ela se levantou’, concedendo a este o direito ‘de só ser punido sob os pressupostos e dentro dos limites legais’” (apud Claus Roxin, 2002, p. 3).

Como observado, a regra atual é apenas a legalização do entendimento da jurisprudência do século XX ou até mesmo do século XIX.

Todavia, apenas tipificar condutas ou alterar regras para solucionar situações eventuais não é o caminho, pois há outros princípios que devem ser considerados quando da criação de alguma norma penal, como o da intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade etc. Inclusive, os princípios estão em alta atualmente.

Entretanto, é um problema recorrente no Brasil, chamado de Direito Penal de Emergência.

Manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa (Direito Penal de emergência), criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias, ou então com aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal) (MASSON, 2019, p. 9).

¹³ Estamos diante do Princípio da Reserva Legal.

Todos os Poderes da República sofrem com o Direito Penal de Emergência. Fazer algo às pressas, significa realizar algo desordenadamente. Por isso, é correto afirmar que não há, no Brasil, uma política criminal definida, pois não há um sistema lógico, apenas reformas pontuais¹⁴ (NUCCI, 2020, p. 14).

As críticas não são direcionadas apenas ao legislador. É necessário que todos os atores do ordenamento penal e processual penal estejam bem direcionados e, principalmente, bem-intencionados.

É evidente que o intérprete não pode impor a sua própria política criminal àquela que subjaz ao direito vigente. Sua tarefa é muito mais trazer à tona as intenções político-criminais do legislador, a serem extraídas do ordenamento jurídico e principalmente do Código Penal, e aproveitá-las no trabalho interpretativo. (ROXIN, 2008, p. 64).

Mas, no caso, a vítima virtual é um problema trazido pela legislação, baseado na jurisprudência, tendo sido aceito pela doutrina e por outros atores do ordenamento repressor. Portanto, é um problema de todos os agentes penais.

Se na época da edição do Código Penal, a regra da vítima virtual foi necessária para conferir legalidade, assegurando a paz social e o sentimento de justiça daquela época, hoje não parece mais fazer sentido, ainda mais se for considerado a evolução do direito penal, seus princípios e suas velocidades, sobretudo a segunda¹⁵.

4.1 Teoria Da Equivalência

Flagrantemente, ao tratar sobre *error in persona* e *aberratio ictus*, o Código Penal Brasileiro adotou a Teoria da Equivalência e a mantém até hoje. Para esta teoria não importa que a ação tenha sido concretizada em pessoa diversa, basta que haja dolo de agir nesse sentido. Conforme leciona Claus Roxin (1997, p. 493):

[...] la teoría de la equivalência parte de que el dolo sólo ha de abarcar el resultado típico en los elementos determinantes de su especie: A ha querido matar a una persona (B) y también ha matado realmente a una persona (C).

¹⁴ Pode-se observar várias discrepâncias no Código Penal, Processual Penal e em legislações de outras áreas.

¹⁵ A segunda velocidade do direito penal é mais dinâmica, visa a restrição de direitos e outras garantias de modo a evitar o aprisionamento do cidadão. Além disso, há um movimento de descriminalização ou despenalização, além de tentativa de acordos penais.

La desviación del curso causal no tiene influencia en el dolo, debido a la equivalencia típica de los objetos, de modo que se puede apreciar un homicidio consumado¹⁶.

De certa forma, guardada as devidas proporções e aplicações, a teoria da equivalência observa proximidade com o conceito de *dolus generalis* (dolo geral). Segundo Eugenio Raul Zaffaroni:

Una vieja posición -que se remonta a Farinaccio y hoy rechaza la doctrina dominante- niega radicalmente la necesidad de buscar este límite, porque imputa cualquier mutación siempre que se la haya querido causar o causar una equivalente, aunque no guarde relación alguna con lo planeado: se trata de la tesis etizante del dolo general (*dolus generalis*)¹⁷ [...] (2007, p. 419).

Ou seja, não importa como o agente chegou ao resultado geral, isso porque se o desejo era matar uma pessoa e ele matou, ainda que não tenha sido a vítima visada, o agente logrou êxito em matar uma pessoa (ZAFFARONI, 2007, p. 419).

Há, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 757), “um aproveitamento do dolo, pois o objeto visado não se altera, incidindo a mesma tipicidade básica”. Isso porque os objetos jurídicos atingidos são idênticos ou, ao menos, equivalentes.

Em se tratando do erro sobre a pessoa, a teoria da equivalência, aparentemente é válida, porque há dolo, ainda que contra vítima não pretendida. Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 427): “[...] quando os objetos são equivalentes para o tipo, é um erro na motivação, que pode ser um problema de culpabilidade, mas que é irrelevante para a tipicidade, porque os motivos nunca alteram a tipicidade.”.

Ocorre uma má representação da vítima, mas o agente tem consciência de que se trata de uma pessoa, agindo com vontade de atingi-la, embora não seja o

¹⁶ Em tradução livre: “A teoria da equivalência pressupõe que o dolo deve cobrir apenas o resultado típico nos elementos determinantes de sua espécie: A quis matar uma pessoa (B) e também matou de fato uma pessoa (C). O desvio do curso causal não tem influência na intenção, devido à equivalência típica dos objetos, para que se veja um homicídio consumado”.

¹⁷ Uma posição antiga - que remonta a Farinaccio e hoje a doutrina dominante a rejeita - nega radicalmente a necessidade de buscar esse limite, pois imputa qualquer mutação sempre que se deseja causá-lo ou causar um equivalente, mesmo que não esteja relacionado com o que foi planejado: É a tese de etização da intenção geral (*dolus generalis*). Tradução livre.

alvo planejado. Corretamente, não se deve excluir o dolo, nem isentar o agente de pena.

Na *aberratio ictus*, a teoria da equivalência também possui alguma validade, mas somente se não houver uma vítima específica, concentrada, determinada (ROXIN, 2011, p. 495; ZAFFARONI, 2007, p. 419-420). Porém, são situações mais difíceis de acontecer.

4.1.1 Críticas à teoria da equivalência

Inicialmente, destaca-se que a teoria da equivalência possui alguma validade quando aplicada no contexto do erro sobre a pessoa. Porém, a validade conferida é parcial. Isso porque, mostra-se válida apenas quando a ação é direcionada contra pessoa que possui qualidades necessárias para que o ato seja considerado criminoso.

Então, quando uma das vítimas não possui qualidades necessárias para a classificação do crime, não há que se falar em equivalência, tampouco em vítima virtual.

Por exemplo, o agente que, desejando oferecer dinheiro a funcionário público para que retarde ato de ofício, oferece-o ao vizinho deste, pensando ser o servidor público, portanto agindo em erro quanto a pessoa, não pratica o crime de corrupção ativa (art. 333, CP), muito embora a conduta seja perfeitamente subsumível ao tipo legal, exceto pelo fato de que o vizinho não é funcionário público¹⁸ (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 426).

Mas a teoria da equivalência também encontra obstáculos quando uma das vítimas possui uma qualidade que a diferencie sobremaneira.

Eis a hipótese: o agente quer injuriar o Presidente da República, porém injuria terceiro que não detém essa qualidade. Trata-se de causa de aumento de pena do crime de injúria (art. 141, I¹⁹, CP) que deve ser ignorada, já que o terceiro atingido não é o Chefe de Estado Brasileiro.

¹⁸ Na linguagem jurídica, utiliza-se o termo *extraneus* para identificar pessoa que não possui a qualidade de funcionário público. Ao passo que o *intranseus* é o funcionário público.

¹⁹ Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

Em tal situação, não existe o tipo objetivo, ou seja, o Presidente não foi injuriado, e, conseqüentemente, não é possível "subjeter" um requisito do tipo objetivo. [...] neste caso, não se injuriou ao Presidente (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 426).

Se ocorre o inverso, injúria ao Presidente da República pensando ser outra pessoa, aplica-se a teoria da equivalência e, como consequência, a dinâmica da vítima virtual ao caso. Portanto, o Chefe do Executivo Federal é despido dessa qualidade, sendo "normalizado" para fins de aplicação da pena do agente.

Porém, a regra do aumento de pena também será ignorada, mesmo havendo injúria (ou outro crime contra honra) ao Chefe de Estado.

No erro na execução, como já mencionado, a teoria da equivalência só tem razão de ser aplicada quando não há uma vítima determinada, específica. Todavia, as condutas costumam ser direcionadas e só não são exitosas por erro do agente ou por acidente. Ou seja, geralmente as vítimas são determinadas. São inúmeras situações que podem ocasionar a aberração no ataque, podendo ser por acidente ou por erro no uso dos meios de execução.

"Há três pessoas envolvidas (agente, vítima virtual e vítima real)" (MASSON, 2019, p. 269). Porém, elas não estão, necessariamente, presentes no sítio imediato do evento. Por exemplo, após disparo do agente "A" contra vítima "B", o projétil ricocheteia e atinge a pessoa "C" distante 100 metros do local. Analisando superficialmente o exemplo em questão, não há dolo contra a vítima realmente atingida, motivo pelo qual não se deve realizar o "aproveitamento do dolo".

A segunda parte do artigo 73, do Código Penal, aumenta a confusão: "No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.". Ou seja, a norma determina que haja aplicação das regras do concurso formal perfeito quando todas as vítimas forem atingidas, desde que o terceiro seja atingido de maneira culposa²⁰. Porém, analisando o dispositivo de forma contrária, caso a vítima não pretendida for a única atingida, a tentativa contra a pessoa visada resta absorvida porque se considera que houve crime consumado.

²⁰ Do contrário, se a vontade do agente era de atingir todas as vítimas presentes, de forma dolosa (desígnios autônomos), aplica-se a regra do concurso formal impróprio. Todavia, o STJ ao julgar o REsp 1.853.219/RS, Relator Ministro Nefi Cordeiro, de 02/06/2020, entendeu que se houver o segundo resultado, deve ser considerado extensão da vontade do agente, ou seja, se houve dolo para o primeiro resultado, o segundo também é doloso; se inicialmente for culposos, logo o segundo também é.

Pela lógica do ordenamento, o agente deveria ser responsabilizado pela ação culposa frente a vítima efetiva e por crime doloso tentado contra a vítima planejada, mas o Código Penal, adotando a teoria da equivalência, entende que na *aberratio ictus* há apenas o resultado de um delito (JESUS, 2020, p. 353).

Aplicando a regra da vítima virtual (art. 20, §3º, CP) a situação piora. Isso porque, o agente será responsabilizado por crime doloso consumado que não é doloso e “não se consumou” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 424). Afinal, a vítima pretendida está ileso, mas suas condições e qualidades são transferidas para a vítima efetiva, considerando, então, por ficção jurídica, que a vítima virtual fora atingida.

Explica-se: se a ação é voltada contra A, porém por erro na execução é efetivada contra B, não há que se falar em crime doloso consumado contra A, mas sim em crime doloso tentado contra A e culposamente consumado (evidentemente) contra B. Contudo, pela regra adotada, que é balizada pela teoria da equivalência, assume-se que A foi atingido, mesmo não tendo sido.

Para a lei, não importa que o resultado tenha se dado de maneira culposa. Já que houve dolo inicial, pune-se o agente por essa intenção. Ao privilegiar a ficção jurídica em detrimento da realidade, buscando apenas punição e não efetivamente justiça, privilegia-se o chamado Direito Penal do Autor, em prejuízo ao utilizado Direito Penal do Fato (QUEIROZ, 2009, p. 225).

Além de lesão a princípios penais e processuais penais, que serão analisados adiante, a proteção deficiente ou o excesso punitivo, ocasionados pela teoria da equivalência, podem agravar os problemas enfrentados pela criminologia, já que essa ciência busca orientar a política criminal para prevenção de crimes, que já é tão confusa em nossa realidade, e influenciar o direito penal a aplicar respostas justas e proporcionais à gravidade do ato (FONTES e HOFFMANN, 2019, p. 29).

4.1.2 Princípios abalados pela teoria da equivalência

Como paulatinamente denunciado, a adoção da teoria da equivalência por parte do legislador causa lesões à alguns princípios constitucionais, penais e processuais penais, justamente por consagrar uma ficção jurídica, totalmente desatualizada, em prejuízo à realidade dos fatos.

Analisa-se alguns dos princípios.

4.1.2.1 Princípio da legalidade

Tem fundamento constitucional no inciso XXXIX²¹ do artigo 5º da Constituição Federal. Em matéria penal, a previsão legal está positivada logo no primeiro artigo.

Com base neste princípio, extrai-se a ideia de que há exclusividade da lei ordinária²² em criar crimes e cominar penas.

É dividido em dois fundamentos, o político e o jurídico.

O aspecto político está relacionado com a garantia da proteção do ser humano contra eventuais abusos por parte do Estado, sobretudo durante o exercício do poder punitivo estatal (MASSON, 2019, p. 21). A partir dessa ótica, entende-se que o indivíduo só poderá ser punido pela conduta criminosa se houver prévia previsão legal. Trata-se de uma das várias conquistas adquiridas durante a primeira dimensão dos direitos fundamentais (CAPEZ, 2021, p. 93; MASSON, 2019, p. 21), afinal até o Estado está subordinado ao império da lei e sua ação deve ser “[...] orientada por regras jurídicas que expressem a vontade popular” (QUEIROZ, 2009, p. 44).

O fundamento jurídico, por seu turno, está relacionado à correspondência exata (taxatividade) entre conduta e tipo legal, implicando o entendimento de que o legislador tem a obrigação de editar leis com determinação precisa do conteúdo penal e da pena cominada (MASSON, 2019, p. 20; QUEIROZ, 2009, p. 46). Trata-se do princípio da determinabilidade do tipo penal (*lex certa*) (MENDES e BRANCO, 2020, p. 535).

O instituto que viabiliza o princípio da legalidade no mundo real é a tipicidade. É necessário que haja a perfeita adequação entre a conduta praticada e o modelo abstrato de crime – princípio da subsunção (NUCCI, 2021, p. 66).

Ao responsabilizar o agente por crime consumado contra quem não foi atingido, a teoria da equivalência lesiona este princípio.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 426-427) explica que

²¹ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

²² Não é vedado a criação de crimes por leis complementares, porém há um rol expresso na Constituição dos casos de admissibilidade do referido instrumento (MASSON, 2019, p. 20).

O princípio da legalidade exige, para a aplicação de uma pena, que uma ação típica seja praticada [...] e a imaginação do autor não pode criar a tipicidade objetiva, porque o princípio da legalidade impede tal “subjetivização”.

Na realidade, a responsabilização será com base nos tipos penais já positivados. Não serão criados delitos, porém a conduta será correspondente a um fato diferente da imputação, ocorrendo a problemática e violação.

4.1.2.2 Princípio da proporcionalidade

A interferência estatal só tem legitimidade se ela for necessária, adequada e proporcional, por isso o princípio da proporcionalidade abstrata é considerado uma barreira ao Estado, principalmente no tocante às penas, em relação ao direito penal. Repousa, neste princípio, as balizas de criação, aplicação e execução do direito repressor (MASSON, 2019, p. 45). “A proporcionalidade indica a harmonia e a boa regulação de um sistema, abrangendo, em direito penal, particularmente, o campo das penas” (NUCCI, 2021, p. 98).

Para José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 273), a proporcionalidade tem a função de “[...] evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares”.

O referido princípio é norteado pelos elementos da adequação e necessidade, além da própria análise proporcional em sentido estrito. Extrai-se da essência da adequação, também conhecida como princípio da conformidade, que “[...] a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto. Não se deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido” (LIMA, 2020, p. 86).

Já a necessidade é interpretada através da análise do objetivo e a possibilidade de o alcançar somente com o meio mais gravoso. Se o objetivo puder ser atingido com meios menos onerosos ao indivíduo, não estará atendido o elemento da necessidade (MENDES e BRANCO, 2020, p. 227).

Por fim, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito, segundo Luiz Régis Prado, “[...] exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato

praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso.” (2012, p. 174).

No direito penal, é direcionada ao legislador, magistrado e aos órgãos executórios, para definir o *quantum* mínimo e máximo das penas, estabelecer a pena individualizada do sujeito ativo e operacionalizar o cumprimento da pena, respectivamente.

No direito brasileiro geral, a inobservância desse princípio causa grandes transtornos. No campo penal, o problema ganha maiores contornos, como é o caso do já atacado Direito Penal de Emergência e das penas excessivamente desproporcionais.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco (2020, p. 217) anotam que

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.

Evidentemente, a teoria da equivalência proporciona grandes exageros que violam a proporcionalidade.

A violação é facilmente identificada quando transformam um resultado, oriundo de uma ação culposa, em doloso, o que por si só já aumenta a pena-base abstrata do crime; ou quando a vítima atingida absorve as condições e qualidades da vítima virtual, o que agrava a situação do agente, na maioria das vezes.

Em todo caso, a resposta estatal é mais gravosa do que o necessário.

Já alertava Cesare Bonesana Beccaria, quando escreveu sua célebre obra no ano de 1.764.

Se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para aquele que mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um documento importante, em pouco tempo se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes; serão destruídos no coração do homem os sentimentos da moral, obra de muitos séculos, cimentada em ondas de sangue, firmada muito lentamente através de mil obstáculos, edifício que apenas se pôde erguer com o auxílio das mais excelsas razões e o aparato das mais solenes formalidades (2014, p. 63-64).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a violação à proporcionalidade decorre da lesão à proibição do excesso.

Mas a outra face do princípio da proporcionalidade também pode ser lesionada, já que a solução dada pela regra da vítima virtual ocasiona proteção deficiente ou, em outras palavras, há violação ao princípio da infraproteção.

Segundo a lição de José Joaquim Gomes Canotilho

Existe um **defeito de proteção** quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção (Schutzpflicht)* adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma *insuficiência de juridicidade estatal* deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais (2003, p. 273).

Como a conduta, principalmente no erro na execução, lesiona bens jurídicos de pessoas distintas, mas a responsabilização é referente a apenas uma delas, considerando a dinâmica perfeita da *aberratio ictus*, a resposta estatal também é falha.

Entre os valores em conflito – o que demanda a adoção da medida restritiva e o que protege o direito individual a ser violado – deve preponderar o de maior relevância. Há de se indagar, pois, se o gravame imposto ao titular do direito fundamental guarda relação de proporcionalidade com a importância do bem jurídico que se pretende tutelar (LIMA, 2020, p. 87).

Ao deixar de proteger bens jurídicos atacados, em consagração à ficção jurídica, o ordenamento penal não confere proteção adequada ao titular ofendido, tampouco à sociedade.

Portanto, a solução trazida pela teoria da equivalência é flagrantemente desproporcional em todos os aspectos.

4.1.2.3 Princípio da isonomia e responsabilidade pelo fato

O princípio da isonomia consagra o entendimento de que todos devem ser tratados da mesma maneira pela lei. É a ideia de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, conforme a extensão de suas desigualdades (MASSON,

2019, p. 55). “Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas” (MORAES, 2021, p. 66).

Se o agente, em erro na execução, atinge terceiro culposamente, deve receber o mesmo tratamento de um indivíduo que comete o mesmo crime culposamente diretamente. Do contrário, viola-se a isonomia.

Por exemplo, há uma norma sobre o homicídio culposamente que permite ao magistrado deixar de aplicar a pena caso as consequências do crime afetem o agente sobremaneira, a ponto de a reprimenda legal se tornar desnecessária. Porém, caso o agente, em erro na execução, atinja mortalmente terceiro de forma culposa, responderá por homicídio doloso (conforme situações apresentadas adiante). Neste caso, não terá direito ao benefício da lei – violando a isonomia – e sua pena será determinada com base em um tipo penal que, na realidade dos fatos, não se aplica ao caso concreto.

Como bem destacado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “[...] a tipificação penal, no âmbito do Estado de Direito, há de referir-se a fatos, condutas, e não à intenção (*Gesinnungen*)” (2020, p. 535). Do contrário, viola-se, também, o princípio da responsabilidade pelo fato.

Cleber Masson explica que “os tipos penais devem definir fatos, associando-lhes as penas respectivas e não estereotipar autores em razão de alguma condição específica.” (2019, p. 50).

Importa, para a teoria da equivalência, apenas a pretensão do autor, ignorando a dinâmica do que realmente aconteceu. Assim sendo, estar-se diante de uma regra que prestigia um direito penal do autor, não do fato (QUEIROZ, 2009, p. 225).

4.1.2.4 Princípio do *ne bis in idem*

Este princípio veda “[...] o processo, a condenação e a execução de alguém mais de uma vez pela prática do mesmo ato” (CUNHA, 2015, p. 391).

No âmbito penal, segundo André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, este princípio “[...] tem por finalidade evitar que a **mesma** circunstância seja levada em conta por mais de uma vez pelo juiz na dosimetria da pena, quer para exasperá-la, quer para reduzi-la.” (2021, p. 629, grifo nosso).

Segundo a regra do erro sobre a pessoa ou erro na execução, baseada na teoria da equivalência, consideram-se as qualidades, características e condições da vítima virtual, não da vítima real. É por isso que, como paulatinamente abordado, o agente responde como se tivesse atingido a vítima pretendida, não a efetiva. Nesse caso, se em outro momento a vítima pretendida (do primeiro ataque) for atingida, em coerência com o Código Penal Brasileiro, que adotou a teoria da equivalência, a dosimetria deve ignorar as qualidades da vítima, já que foram utilizadas anteriormente.

Por exemplo, o agente que mata uma pessoa pensando se tratar de sua mãe (que era sua intenção), responde por homicídio com a agravante genérica por ter praticado crime contra ascendente. Após cumprir a pena, já em liberdade, o agente efetivamente mata sua genitora, porém não deverá incidir tal agravante.

“[...] do contrário, ocorreria *bis in idem*, isto é, dupla punição do autor pelo mesmo fato, razão pela qual, para resolver esse dilema, teríamos de abandonar a teoria da equivalência e adotar a teoria da concretização, já agora em prejuízo do réu.” (QUEIROZ, 2009, p. 226).

4.2 Teoria Da Concretização

Em posição diametralmente oposta à teoria da equivalência, há a teoria da concretização, também conhecida por teoria da concreção.

Para essa teoria, a responsabilidade do sujeito ativo deve ser correspondente ao que de fato foi praticado, baseado na realidade da conduta, considerando o dolo do agente.

A tese é intimamente atrelada ao erro na execução, mas perfeitamente aplicável ao erro sobre a pessoa, principalmente quando do surgimento da vítima virtual.

Claus Roxin, brilhantemente, ensina sobre a teoria.

Según la teoría de la concreción, que siguen la op. totalmente dom. en la literatura científica y en principio también la jurisprud., el dolo presupone su concreción a un determinado objeto; si a consecuencia de la desviación se alcanza otro objeto (en el ejemplo: C), entonces falta el dolo en relación con éste²³ (1997, p. 492).

²³ De acordo com a teoria da concreção, que segue a opção totalmente dominante na literatura científica e em princípio também na jurisprudência, o dolo pressupõe sua concreção a um determinado objeto;

É um raciocínio com base na realidade dos fatos, capaz de ofertar responsabilidade suficiente e correta ao sujeito ativo e proteção ao sujeito passivo, dentro das possibilidades. É “[...] hipótese em que o agente responderia pelo que de fato aconteceu: se querendo matar o pai, matou um estranho, responderia por matar um estranho.” (QUEIROZ, p. 212 apud CUNHA, 2015, p. 210).

Assim sendo, lembrando uma das hipóteses acima citadas, se o indivíduo ataca sexualmente pessoa maior de 18 anos, pensando ser uma criança com menos de 14 anos (que era o seu desejo), responderá por estupro do artigo 213²⁴, do Código Penal, não mais pelo crime contra pessoa vulnerável.

Pode-se afirmar que a teoria da concretização é fruto dos estudos e resultados trazidos pelas teorias da conduta e do dolo, principalmente as adotadas pelo ordenamento penal nacional.

Portanto, para aprimorar os estudos e o raciocínio sobre a teoria da concreção, elas serão analisadas.

4.2.1 Teorias da conduta

A conduta é um comportamento humano, um modo ou um procedimento de agir (inclusive o não agir). Acerca das condutas no âmbito penal, surgiram teorias para defini-las, das quais analisaremos as mais conhecidas.

4.2.1.1 Teoria naturalística, clássica, causal, tradicional ou causal-naturalística

Tem por principais expoentes Franz von Lizst, Beling e Radbruch. Preceitua que “a conduta é o efeito da vontade e a causa do resultado. Tudo gira em torno do nexos de causalidade: vontade, conduta e resultado” (JESUS, 2020, p. 261).

A base desse sistema é, portanto, o conceito de ação, entendida de maneira totalmente naturalística como movimento corporal (ação em sentido estrito) e modificadora do mundo exterior (resultado), unidos pelo nexos causal, e, uma vez verificada a presença de uma ação, cumpriria examinar a seguir se

se como resultado do desvio outro objeto for alcançado (no exemplo: C), então falta o dolo em relação a ele. Traduzido livremente.

²⁴ Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso

concorriam os predicados de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, questão que distinguia, necessariamente, entre elementos objetivos e subjetivos (QUEIROZ, 2009, p. 144).

Para esta teoria, configura-se crime sempre que houver uma conduta ilícita e lesiva, além de culpável. Portanto, a vontade do agente está alojada na culpabilidade (MASSON, 2019, p. 191; NUCCI, 2020, p. 251).

Não é a teoria adotada pelo ordenamento.

E, Júlio Fabbrini Mirabete explica o porquê:

Está-se cindindo um fenômeno real, separando-se a ação voluntária de seu conteúdo (o fim do agente ao praticar a ação) e ignorando-se que toda ação humana tem sempre um fim. Isso implica dificuldade, por exemplo, na conceituação da tentativa, pois a tipicidade desta exige que se verifique de imediato a finalidade da ação. Também não se pode explicar convenientemente pela teoria tradicional a tipicidade quando o tipo penal contém elementos subjetivos (finalidade da ação, ânimo do agente etc.), que fazem parte da própria descrição legal e onde a vontade final do agente está indissoluvelmente ligada a sua ação (2001, p. 102).

A ação, para essa teoria, tem serventia apenas para a produção do resultado, desde que tenha sido realizada pela voluntariedade, não importando o conteúdo da conduta (PRADO, 2012, p. 330-331).

De certa forma, essa teoria prestigia a teoria da equivalência, já que basta um resultado, não importando o dolo ou culpa sobre ele.

4.2.1.2 Teoria finalista

Criada por Hans Welzel, estabelece que a conduta “é o comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim” (CUNHA, 2015, p. 179). Dessa forma, retira o aspecto subjetivo do crime da culpabilidade, realocando no próprio tipo penal. “O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente” (MIRABETE, 2001, p. 103).

Mostra-se vencedora em relação à teoria causal, porque se toda conduta humana tem um fim, inclusive com desejo ilícito, há razão de existir os crimes tentados, ao passo que pela definição dada pela primeira teoria (a tradicional), não

seria possível, já que não se atribui vontade na ação. Falar-se-ia, então, em apenas delito consumado ou inexistência do delito.

Damásio de Jesus bem elucida essa questão:

Para que se diga que existe tentativa de determinado crime, é preciso dizer que houve uma conduta tendente à produção de certo resultado, que o sujeito desejou produzir certo evento, não alcançado por circunstâncias independentes de sua vontade. Dessa forma, na conduta da tentativa existe o conteúdo da vontade (2020, p. 263).

Luiz Regis Prado (2012, p. 337) pontua que:

No atuar humano, o agente concebe um determinado objetivo e, em seguida, para alcançá-lo, põe em marcha determinados processos causais dirigidos por ele, de modo consciente, em direção ao fim pretendido. Daí ser a ação humana o 'exercício de uma atividade final', como bem definiu Welzel.

A finalidade é o elemento característico dessa teoria, transformando a “ação num ato de vontade com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer” (CUNHA, 2015, p. 179).

É a teoria adotada pelo código penal nacional. Perceptível quando o diploma trata sobre o erro de tipo. Ou seja, “[...] se a ausência de dolo acarreta na exclusão do fato típico (ainda que somente na forma dolosa), é porque o dolo está na conduta do agente, que deixa de ser dolosa para ser culposa” (MASSON, 2019, p. 193).

Enfrenta obstáculos e críticas, todavia, em relação aos crimes culposos, já que, em sua essência, não abre margem para uma ação com a finalidade de um resultado involuntário.

Entretanto, os adeptos da teoria alegam que a conduta culposa também tem uma finalidade, porém lícita. O resultado culposos, por sua vez, decorre pelos meios empregados pelo agente para alcançar tal finalidade (CUNHA, 2015, p. 180; MASSON, 2019, p. 193). Assim sendo, “[...] o agente é autor de fato típico por não ter empregado em seu comportamento os cuidados necessários para evitar o evento” (MIRABETE, 2001, p. 103).

4.2.1.3 Teoria social

Criação de Johannes Wessels, tendo sido aperfeiçoada por Hans-Heinrich Jescheck. Também é conhecida como teoria da ação normativa, da adequação social ou da ação socialmente adequada.

A conduta “[...] é o comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim socialmente reprovável” (CUNHA, 2015, p. 181).

Segundo Cléber Masson (2019, p. 194), o comportamento deve ser entendido como a resposta dada às situações ocasionais, com base nas possibilidades de reação que o homem tem, tendo em vista a liberdade de ação.

Sobre a conduta, Luiz Régis Prado disciplina que:

Trata-se de um conceito normativo (e valorativo) de ação, que “vê na relevância social do fazer ou da omissão humanos o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento. Engloba o agir como fator sensível da realidade social, com todos os seus aspectos pessoais, finais, causais e normativos” (2012, p. 332).

A reprovabilidade social integraria a conduta, ao passo que dolo e a culpa passariam a integrar o fato típico, porém seriam reanalisados no juízo de culpabilidade (CUNHA, 2015, p. 181).

A grande crítica dessa teoria recai sobre a extensão e imprecisão do conceito de relevância social. Embora o Poder Judiciário pudesse suprir lapsos entre a realidade social e jurídica, todos os fatos poderiam, em tese, ser considerados socialmente relevantes, o que pode ser prejudicial ao Direito Penal (MASSON, 2019, p. 194; CUNHA, 2015, p. 181; MIRABETE, 2001, p. 104).

4.2.2 Teorias do dolo

Considerando que a teoria finalista da conduta é a adotada pelo código penal nacional, deve-se estudar sobre as teorias do dolo, pois se a ação tem uma finalidade, é seguida pelo dolo. Assim sendo, “[...] o dolo é a vontade consciente de praticar a conduta típica (denomina-se *dolo natural*)” (NUCCI, 2020, p. 324).

Emergem algumas teorias que tentam traduzir o conceito de dolo, das quais analisaremos.

4.2.2.1 Teoria da representação

Para a primeira, chamada de teoria da representação, há dolo toda vez que o agente prever o resultado, optando por continuar a sua conduta. Dessa forma, não há distinção entre dolo eventual e culpa consciente, pois, como descrito, a previsão do resultado levará à responsabilização do autor a título de dolo (GRECO, 2015, p. 242).

É indiferente, para esta teoria, se o autor deseja alcançar o resultado, bastando a previsão e o prosseguimento com a conduta (CAPEZ, 2021, p. 283).

Conforme os ensinamentos de Cléber Masson (2019, p. 233), essa teoria “privilegia o lado intelectual, não se preocupando com o aspecto volitivo, pois pouco importa se o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.”

Segundo Paulo Queiroz (2009, p. 203), embora a representação seja necessária, afinal não há como querer algo que não se previu, este elemento por si só não é suficiente para que o dolo seja caracterizado.

E, como essa teoria não diferencia o dolo eventual da culpa consciente, não é aceita por nosso ordenamento penal.

4.2.2.2 Teoria da vontade

A segunda, conhecida como teoria da vontade, determina que o dolo é a vontade que busca a um resultado naturalístico. Ou seja, há consciência do resultado e, mesmo assim, há realização da conduta objetivando seu alcance (ESTEFAM, 2018, p. 214).

Em outras palavras, o dolo “[...] é a vontade consciente de querer praticar a infração penal.” (CUNHA, 2015, p. 190).

Por consciência, entende-se como elemento intelectual, ao passo que a vontade é o elemento volitivo do agente (MASSON, 2019, p. 234).

Pela leitura da primeira parte do inciso I, do artigo 18 do Código Penal, reconhece-se a adoção dessa teoria, já que o crime é doloso quando o agente quer o resultado: “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado...”

4.2.2.3 Teoria do assentimento

A terceira e última, considerando as mais importantes, é a teoria do assentimento.

Para Damásio de Jesus (2020, p. 316), o dolo “requer a previsão ou representação do resultado como certo, provável ou possível, não exigindo que o sujeito queira produzi-lo. É suficiente seu assentimento.”. Em outras palavras, basta que haja a assunção dos riscos da produção do resultado (MASSON, 2019, p. 233). É o chamado dolo eventual.

Assim define Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 434):

No dolo direto, o resultado é querido diretamente (como fim ou consequência necessária do meio escolhido), e esta forma de querer é diferente do querer um resultado concomitante quando o *aceitamos como possibilidade: este é o dolo eventual* (grifo nosso).

É a segunda parte do artigo acima mencionado: “[...] ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Portanto, pode-se afirmar que o código penal brasileiro adotou as teorias da vontade e do assentimento²⁵. Tanto que conferem o mesmo tratamento legal para as duas modalidades, embora alguns crimes exijam apenas dolo direto (QUEIROZ, 2009, p. 203).

4.3 Teoria Da Concretização Versus Teoria Da Equivalência

No erro sobre a pessoa, a teoria da equivalência só é eficaz em único cenário: quando as vítimas são comuns, isto é, quando nenhuma vítima possui alguma característica ou qualidade especial. Do contrário, é insustentável.

Por exemplo, se uma mãe, ainda internada no hospital após o parto, invade a ala para recém-nascidos e mata uma criança pensando ser seu filho, mas não é, responderá por infanticídio (art. 123²⁶, CP), porque agiu em erro quanto a pessoa. Contudo, tal regra implica em lesões a princípios penais e processuais penais, além de que não há como subjetivar um requisito objetivo, ou vice-versa.

²⁵ Isto é, o Brasil assumiu a existência do dolo direto ou do dolo eventual.

²⁶ Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após

Os bens-jurídicos podem até ser equivalentes, mas a conduta, consequências e responsabilização não são, ou não deveriam ser, portanto não há o que se aproveitar. E, embora a ação tenha sido voltada a um fim e o dolo estava presente, desconsiderando as questões psicológicas do exemplo, este foi direcionado contra pessoa que não é o “próprio filho”. Logo, não há infanticídio, mas homicídio – já que não há perfeita subsunção entre conduta e o tipo penal, pela falta de elementar do crime, mas subsistindo outra infração penal.

Contudo, a teoria da concretização também daria uma resposta adequada aos casos de erro sobre a pessoa com vítimas comuns. Porque, como já explicado, há conduta dolosa direcionada, embora eivada em erro que poderia cancelar a ação, caso houvesse representação correta da vítima. De todo modo, porém, o plano é concretizado ou ao menos tentado. Assim sendo, não precisaria haver equivalência, uma vez que houve concreção.

No erro na execução, por outro lado, não há espaço para a teoria da equivalência.

Até mesmo na dinâmica da *aberratio ictus*, a teoria da equivalência deveria dar lugar à teoria da concretização. Como já mencionado, se ambas as vítimas são atingidas, aplica-se a regra do concurso formal perfeito (se o terceiro for atingido culposamente), porém se apenas a vítima não planejada for lesionada, o agente responderá apenas por um crime.

Há duas vítimas (B e C, por exemplo), mas apenas uma configuração de crime e, conseqüentemente, uma responsabilização pelo fato.

Sobre o exemplo, Claus Roxin argumenta que “[...] sólo puede apreciarse por tanto una tentativa de homicidio respecto de B y además en su caso un homicidio imprudente respecto de C²⁷” (1997, p. 492-493).

Na mesma linha, Hans Welzel (1956, p. 79): “Así [...] la doctrina preponderante [...] aceptan, en cambio, solamente tentativa de un delito doloso en unidad de hecho con un delito culposo consumado²⁸”.

Em todas as situações de erro na execução, a melhor resposta se encontra com a adoção da teoria da concretização.

²⁷ Portanto, apenas uma tentativa de homicídio pode ser vista em relação a B e também, no caso dele, um homicídio imprudente (culposo) em relação a C. Tradução livre.

²⁸ Em tradução livre: Assim [...] a doutrina preponderante [...] aceita, em vez disso, apenas tentativa de um delito doloso em unidade de fato com um delito culposo consumado

“Conforme a la tesis de la concreción del dolo, la solución para la llamada *aberratio ictus* dependerá de que lo realmente sucedido sea o no indiferente para el plan concreto²⁹” (ZAFFARONI, 2007, p. 419).

Paulo Queiroz (2009, p. 225) anota que “[...] 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”.

Portanto, a *aberratio ictus* deveria receber o mesmo tratamento dado à *aberratio criminis*. Independentemente da equivalência entre os objetos jurídicos. Entretanto, balizado sobre a realidade do fato, assim como no resultado diverso do pretendido (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 424).

4.3.1 O problema da vítima virtual: estudo de casos

Independente da dinâmica do fato, seja erro sobre a pessoa ou erro na execução, a grande problemática se encontra no surgimento da vítima virtual, fruto da teoria da equivalência.

Destaca-se três exemplos de situações reais, suas consequências perante a atual regra do Código Penal e como deveria ser, se fosse adotado a teoria da concretização.

4.3.1.1 O caso Clarice

O primeiro³⁰, extraído da página da *internet* do professor Paulo Queiroz, narra a história de Clarice, moradora de uma pequena cidade da Bahia, vítima de violência doméstica que, em um determinado dia, cansada de viver nessa situação, decide matar seu cônjuge, Luís José, envenenando a marmita que ele leva ao trabalho. Contudo, no dia da ação, a vítima descobriu que não haveria expediente e ordenou aos seus filhos, crianças de 7 e 12 anos, que fossem buscar a “quentinha”, o

²⁹ De acordo com a tese da concretização do dolo, a solução para a chamada *aberratio ictus* dependerá de o que realmente aconteceu se é ou não indiferente ao plano concreto. Traduzido livremente.

³⁰ Dentre todos os exemplos que serão analisados, esse é o único que não se pode afirmar a veracidade. Entretanto, é um ótimo estudo de caso.

que aconteceu. Entretanto, no percurso de volta, os menores comeram a refeição, agonizando até a morte.

Presa, foi denunciada pelo crime de homicídio doloso qualificado pelo envenenamento, com agravante genérica de crime cometido contra cônjuge, em razão do erro na execução (art. 121, §2º, III c/c art. 61, II, “e” e art. 73, todos do Código Penal).

É a responsabilização perfeita à luz da teoria da equivalência e das regras atuais do código repressor. Todavia, é flagrantemente desproporcional.

Inicialmente, percebe-se que não há dolo contra as crianças, mas sim contra o companheiro. Além disso, não há que se falar em crime consumado contra o parceiro de Clarice, apenas em tentativa de crime contra ele, não consumado por circunstâncias alheias à vontade da agente. Por fim, é descabida a ideia de que crianças assumam as características, qualidades e outros atributos de pessoas adultas, sobretudo às relacionadas ao relacionamento conjugal.

Se a teoria da concreção fosse adotada, a responsabilização seria diferente.

Responsabilizar-se-ia Clarice pelo que de fato aconteceu, e não somente por suas intenções. Ou seja, por homicídio culposo consumado (art. 121, §3º, CP), em relação aos menores, e homicídio doloso tentado contra Luís José, se ficasse comprovado que, considerando o *iter criminis*, iniciou-se os atos de execução (art. 121 c/c art. 14, II, ambos do Código Penal). Sendo assim, seria possível conceder o perdão judicial à Clarice, em relação aos filhos, se as consequências da infração atingirem de forma tão grave, a ponto de a sanção penal se tornar totalmente desnecessária³¹ (QUEIROZ, 2009, p. 225).

4.3.1.2 O caso Ágatha

O segundo exemplo foi amplamente noticiado pela mídia brasileira. Trata-se do caso da menina Ágatha, ocorrido no dia 20 de setembro de 2019, no qual um policial militar em incursão numa comunidade do Complexo do Alemão, no Rio de

³¹ Art. 121, § 5º, CP - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária

Janeiro, disparou contra ocupantes de uma motocicleta, por pensar que eram criminosos e por confundir uma esquadra de alumínio que um dos ocupantes portava com armamento.

Um dos projéteis ricocheteou em um poste de iluminação pública, fragmentando-se, tendo um dos estilhaços atingindo a criança de 8 anos, que estava em outra rua dentro de um veículo, ao lado de sua mãe. Ou seja, não estava presente no sítio imediato do evento.

Após investigações da Polícia Civil, o policial militar foi indiciado por homicídio doloso qualificado, por ter agido com torpeza e mediante recurso que impossibilitou defesa da vítima, em erro na execução (art. 121, §2º, I e IV c/c art. 73, ambos do Código Penal)³².

O indiciamento fora integralmente aceito pelo Ministério Público Estadual e o miliciano foi denunciado nos mesmos moldes do relatório do inquérito. Essa seria, inclusive, a denúncia caso os ocupantes da motocicleta fossem mortalmente atingidos.

A denúncia foi aceita pela Justiça do Rio de Janeiro³³.

Novamente, o enquadramento jurídico respeita os ditames da lei. Todavia, se a teoria da equivalência cedesse lugar à teoria da concretização, a configuração do crime seria, naturalmente, diversa.

Falar-se-ia, então, em homicídio culposos consumado, ou até mesmo doloso, porém eventual, a depender das circunstâncias, em relação à criança e tentativa de homicídio contra os ocupantes da motocicleta.

4.3.1.3 O caso do motociclista

O terceiro e último exemplo aconteceu em outubro de 2021. Segundo as informações iniciais³⁴, uma mulher discutia com seu companheiro, ambos em situação

³² EXTRA. **Policial militar é denunciado pelo MP pela morte da menina Ágatha**. 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/policial-militar-denunciado-pelo-mp-pela-morte-da-menina-agatha-24115430.html>. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

³³ G1 RIO. **Caso Ágatha: Justiça torna réu e afasta PM acusado de ter matado a menina**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/12/08/caso-agatha-justica-torna-reu-pm-suspeito-de-ter-matado-a-menina.ghtml>. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

³⁴ O POVO. **Mulher arremessa pedra em companheiro, mas acerta motociclista, que bate em poste e morre**. 2021. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2021/10/22/mulher-arremessa-pedra-em-companheiro-durante-briga-mas-acerta-motociclista-que-bate-em-poste-e-morre.html>. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

de rua, até que em determinado momento ela arremessou uma pedra contra ele, que desviou, atingindo um motociclista que passava pelo local. Ao ser atingido, desequilibrou-se da motocicleta, bateu em um poste e faleceu no local.

Em um primeiro momento, foi presa em flagrante por homicídio culposo. Porém, a responsabilização final, à luz da teoria da equivalência e do regramento do diploma penal, será conforme a intenção da mulher. Ou seja, se havia *animus necandi* (intenção de matar) será responsabilizada por homicídio doloso consumado. Por outro lado, se houvesse *animus laedendi* (intenção de ferir) haverá responsabilização por lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3^o³⁵, CP) (ZAMBONI, 2021); que é um crime preterdoloso, isto é, aquele que

[...] se verifica quando a conduta dolosa acarreta a produção de um resultado mais grave do que o desejado pelo agente. O propósito do autor era praticar um crime doloso, mas por culpa, sobreveio resultado mais gravoso. [...] Há dolo do antecedente (*minus delictum*) e culpa no consequente (*majus delictum*) (MASSON, 2019, p. 257).

Entretanto, se fosse considerado os ensinamentos da teoria da concretização, a intenção do sujeito ativo, no caso em tela, seria relevante apenas contra a vítima planejada, porque a ação contra o motociclista, segundo as informações iniciais, foi culposa.

Na realidade, estar-se diante de dois fatos: uma morte culposa e uma tentativa de crime, podendo ser homicídio ou lesão corporal. Na ficção jurídica, contudo, a responsabilização será por apenas um crime, com acréscimo da agravante de crime cometido contra cônjuge, que saiu ileso.

4.3.2 Relação entre a vítima virtual e outros institutos penais

Para acirrar a rivalidade dos conteúdos das teorias e suas aplicações práticas, também é oportuno demonstrar a relação que a vítima virtual, e seus institutos principais (erro sobre a pessoa e erro na execução), tem com outros fenômenos do direito penal.

³⁵ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo

Para iniciar, traz-se à baila a relação entre erro sobre a pessoa, erro na execução e a vítima virtual com o crime impossível e as excludentes de ilicitude.

O crime impossível é aquele em que, lastreado na probabilidade subjetiva, é impossível de produzir resultado, não admitindo inclusive a tentativa (PRADO, 2012, p. 520).

Já as causas de justificação, outro nome para as excludentes de ilicitude, são aquelas que autorizam um fato, ou ao menos permitem sua prática, sem que esteja revestido de ilicitude. Retirando essa causa excludente, o fato volta a ser ilícito (PRADO, 2012, p. 435).

No código penal, mais precisamente a partir do artigo 23, há a relação de situações que são consideradas causas excludentes da ilicitude. São elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

4.3.2.1 Crime impossível

Disciplina o código penal, no art. 17, que não é punível a tentativa quando for impossível consumar-se o crime, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto.

A ineficácia absoluta do meio é identificada quando o modo ou o instrumento utilizado para a realização do crime é inidôneo, incapaz de produzir o resultado, dado sua natureza. Por exemplo, utilização de munição de festim para tentar algum homicídio (PRADO, 2012, p. 520).

Já a absoluta impropriedade do objeto está relacionada ao bem material visado na conduta criminosa. Assim sendo, o objeto é inadequado para a consumação da infração. É o caso, *v.g.*, da vontade de matar um cadáver (PRADO, 2012, p. 521).

É sobre o objeto material visado na conduta que se pode vislumbrar uma relação com a vítima virtual, erro sobre a pessoa ou erro na execução. Isso porque, se a tentativa inidônea for praticada contra a pessoa, há correspondência, mesmo que preliminar, com a dinâmica dos institutos estudados.

Para isso, deve-se levantar duas hipóteses. A primeira é do agente que observa uma pessoa deitada no sofá de uma casa e, imaginando ser o seu desafeto, invade a residência e efetua diversas facadas na região anterior do pescoço da vítima.

Porém, não se tratava de seu desafeto e a vítima em questão já estava morta, vitimada por infarto há, pelo menos, 12 horas do momento da conduta.

A segunda hipótese, é do agente que ao flagrar seu desafeto andando na rua dispara vários tiros contra ele, errando todos, mas atingindo uma pessoa que estava do outro lado, em um terreno baldio, pendurado numa árvore com uma corda envolta ao pescoço, mas também já morta quando no momento que suportou os disparos.

Estar-se diante, portanto, de erro sobre a pessoa e erro na execução, respectivamente, numa situação de absoluta impropriedade do objeto (crime impossível).

Em relação a primeira hipótese, *error in persona*, efetivamente não haverá responsabilidade, senão a de invasão de domicílio, porque, mesmo com adoção da teoria da equivalência, a conduta foi deliberadamente voltada contra a pessoa que estava deitada no sofá, que já estava falecida. Portanto, ambas as teorias culminariam na mesma solução: o reconhecimento do crime impossível.

Alguma problemática pode surgir, por outro lado, se houver relação com o erro na execução. Porém, adianta-se que não é caso de reconhecimento do crime impossível.

Como exaustivamente abordado, o erro na execução incide numa relação entre pessoas (*persona in personam*). Entretanto, uma pessoa falecida não é mais considerado uma pessoa, sujeito de direitos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 36), “o conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano.”.

Assim sendo, “pessoa é atributo conferido pelo direito, ou seja, não é conceito que se extrai da natureza. É, portanto, conceito cultural e histórico, que o direito traz para seu âmbito” (LÔBO, 2021, p. 38).

Se aquele que nasce com vida é considerado uma pessoa, com personalidade jurídica e titular de direitos, aquele que não está mais vivo, logo não é mais assim considerado. Inclusive, é o teor do art. 6º, do Código Civil: “a existência da pessoa natural termina com a morte.”.

Assim sendo, na segunda hipótese, o agente não deve ser beneficiado pelo instituto do crime impossível, mas sim ser responsabilizado por crime tentado em relação ao desafeto. Há evidente quebra do vínculo entre pessoas, logo não há existência de erro na execução, apenas tentativa branca³⁶.

Portanto, independentemente da teoria adotada, não há possibilidade de reconhecimento do crime impossível em relação a *aberratio ictus*.

4.3.2.2 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito

Por conveniência, em relação às excludentes de ilicitude, inicia-se a análise acerca do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular do direito³⁷.

O estrito cumprimento do dever legal é autoexplicativo e decorre do entendimento de que quem “[...] cumpre um dever legal dentro dos limites impostos pela lei obviamente não pode estar praticando ao mesmo tempo um ilícito penal, a não ser que aja fora daqueles limites” (CAPEZ, 2021, p. 155).

O exercício regular do direito, segundo Guilherme de Souza Nucci, preceitua que “se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito” (2021, p. 439).

É perfeitamente possível relacionar estas causas com o erro na execução ou até mesmo erro sobre a pessoa.

Por exemplo, um agente policial executando um mandado de prisão realiza a apreensão de uma pessoa diferente da que seria alvo da constrição, por ter pensado que aquela pessoa era a que deveria ser detida.

Por outro lado, um cidadão que, exercendo seu direito de executar uma prisão em flagrante (art. 301³⁸, do CPP), supondo que esteja diante de um crime,

³⁶ Tentativa branca é aquela na qual a conduta praticada não atinge o objeto material almejado. Por excelência, utiliza-se o homicídio para essa demonstração, considerando-se tentativa branca (ou inculenta) quando a vítima não suporta lesões, ao passo que é considerado tentativa vermelha (ou cruenta), quando a vítima é atingida, mas não advém o resultado naturalístico, que, no homicídio, é a morte.

³⁷ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

³⁸ Art. 301. **Qualquer do povo poderá** e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (grifo nosso).

acaba por imobilizar pessoa diversa da que cometera a infração, pois se confundiu acerca das características do agente, após uma breve perseguição pela rua.

Nas duas hipóteses, ambas as condutas estão acobertadas pela excludente de ilicitude, específica em cada caso – estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, respectivamente - e foram realizadas pelos agentes estando na incidência da *aberratio ictus* ou do *error in persona*. Assim sendo, as prisões ilegais estarão acobertadas pela excludente de ilicitude, motivo pelo qual os agentes não serão responsabilizados.

4.3.2.3 Estado de necessidade

O estado de necessidade³⁹, na lição de Cezar Roberto Bitencourt, “pode ser caracterizado pela colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso” (2012, p. 882). No entanto, é necessário que haja uma situação de risco entre os bens jurídicos, permitindo ao agente sacrificar o menor, já que não é possível que haja salvaguarda de ambos, conforme o direito penal (CUNHA, 2015, p. 251).

Tem relação com a *aberratio ictus* já que, durante a conduta sacrificante, pode ocorrer erro na sua execução, fazendo com que bem jurídico diverso seja atingido, inclusive maior do que o que seria sacrificado. Ainda assim, porém, a consequência jurídica se mantém. Isso porque, a Teoria da Equivalência confere igualdade ao ato e ao resultado, ainda que efetivado contra terceiros.

Nas palavras de Rogério Sanches Cunhas

Neste caso, aplicando-se o disposto no art. 73 do Código Penal, considera-se cometido o fato contra a pessoa ou o objeto pretendido, não contra aquele efetivamente atingido em decorrência do erro. Considerando que, em relação ao que visava, o agente estava acobertado pela justificante, não há crime (2015, p. 257).

Inclusive, foi tema de pergunta na primeira fase do XVI Exame de Ordem Unificado da OAB.

³⁹ Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Carlos e seu filho de dez anos caminhavam por uma rua com pouco movimento e bastante escura, já de madrugada, quando são surpreendidos com a vinda de um cão pitbull na direção deles. Quando o animal iniciou o ataque contra a criança, Carlos, que estava armado e tinha autorização para assim se encontrar, efetuou um disparo na direção do cão, que não foi atingido, ricocheteando a bala em uma pedra e acabando por atingir o dono do animal, Leandro, que chegava correndo em sua busca, pois notou que ele fugira clandestinamente da casa. A vítima atingida veio a falecer, ficando constatado que Carlos não teria outro modo de agir para evitar o ataque do cão contra o seu filho, não sendo sua conduta tachada de descuidada. Diante desse quadro, assinale a opção que apresenta a situação jurídica de Carlos.

A) Carlos atuou em legítima defesa de seu filho, devendo responder, porém, pela morte de Leandro.

B) Carlos atuou em estado de necessidade defensivo, devendo responder, porém, pela morte de Leandro.

C) Carlos atuou em estado de necessidade e não deve responder pela morte de Leandro.

D) Carlos atuou em estado de necessidade putativo, razão pela qual não deve responder pela morte de Leandro

(FGV – 2015 – Exame de Ordem Unificado – XVI – Primeira Fase – Questão 62, grifo nosso indicando o gabarito).

Contudo, a resolução pode ser diferente se fosse adotada a Teoria da Concretização. Afinal, em relação ao exemplo, a pessoa atingida não representava o perigo, além de que o bem jurídico atingido é maior que o desejado no sacrifício, portanto não há equivalência alguma.

Desse modo, estar-se-ia diante de, ao menos, um homicídio culposo. É necessário destacar, evidentemente, que é preciso realizar uma análise dos elementos do crime culposo “a) a conduta; b) a inobservância do dever de cuidado objetivo; c) o resultado lesivo involuntário; d) a previsibilidade; e e) a tipicidade” (MIRABETE, 2001, p. 145), que podem não estar todos presentes ao caso, o que resultaria em um fato atípico e igual não punição do autor, mas não se pode realizar uma equivalência para situações não equivalentes.

4.3.2.4 Legítima defesa

Na legítima defesa⁴⁰ também há relação com o erro na execução. E, a problemática também é a mesma enfrentada no estado de necessidade.

⁴⁰ Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Conceitua-se legítima defesa como sendo uma “causa de justificação consistente em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários” (MASSON, 2019, p. 336).

Dessa forma, se o agente atua para se defender da injusta agressão e acaba por atingir terceiro, está acobertado pela legítima defesa (excludente de ilicitude), com base na Teoria da Equivalência e pela dinâmica do erro na execução, porque “a infeliz reação deve ser considerada como se praticada contra o real agressor, não descaracterizando a legítima defesa” (CUNHA, 2015, p. 261).

Embora os bens jurídicos, neste caso, sejam idênticos, a situação não é equivalente, por motivos óbvios. Afinal, o terceiro atingido, supondo não participar da agressão, é totalmente inocente.

Além disso, se o agressor e o terceiro inocente forem atingidos, manda o artigo 70 do Código Penal, que se aplique as regras do concurso formal perfeito. Então, haverá uma conduta com dois resultados acobertados pela legítima defesa. Portanto, dois bens jurídicos atingidos, sem nenhuma responsabilização.

Entretanto, é necessário ter cuidado com essa situação. Isso porque, a simples leitura do artigo 65⁴¹, do Código de Processo Penal, leva ao entendimento de que não será possível a propositura de ação civil *ex delicto* quando a sentença penal reconhecer a causa excludente de ilicitude, já que esta faz coisa julgada no âmbito cível.

Porém, só é aplicável em relação àqueles que deram causa à ação justificável. Como bem adverte Renato Brasileiro de Lima

Todavia, se o fato praticado ao amparo da excludente da ilicitude tiver atingido terceiro inocente ou se o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito não tiverem sido desencadeados pela pessoa ofendida, mas por um terceiro (v.g., estado de necessidade agressivo), a vítima não fica impedida de buscar no cível, em demanda proposta contra o acusado absolvido, a indenização pelos prejuízos sofridos.

Nesse caso, o acusado absolvido, uma vez acionado pela vítima, poderá intentar ação regressiva contra o terceiro que deu causa à situação (2020, p. 402).

⁴¹ Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Consequência diversa ocorreria se o código adotasse a Teoria da Concretização, que como observado, daria uma resposta adequada com base na concreção dos fatos, orientada pela conduta e dolo do agente. No caso, a legítima defesa incidiria apenas contra quem estivesse agredindo o agente de forma injusta. Em relação ao terceiro inocente atingido, a consequência jurídica seria, ao menos culposa, embora pudesse desaguar em um fato atípico, nos mesmos fundamentos apresentados no estado de necessidade.

Em todo o caso, já seria evitável qualquer problemática acerca da possibilidade em intentar ação civil decorrente de uma conduta analisada pelo juízo criminal.

4.3.2.5 Legítima defesa putativa

A situação se torna mais dramática quando observamos a possibilidade de existir legítima defesa putativa. Isto é, a legítima defesa imaginária, suposta, por aparentar veracidade. Ou seja, o agente pensa estar agindo em legítima defesa, mas, na verdade, não está (NUCCI, 2021, p. 496).

Então, na hipótese de um terceiro inocente ser atingido por um agente em estado de legítima defesa putativa em erro na execução, não há o que se responsabilizar.

É possível porque o Código Penal Brasileiro adota a chamada teoria da culpabilidade limitada ao enfrentar o assunto das discriminantes putativas.

As discriminantes putativas são divididas em: erro quanto aos pressupostos fáticos, quanto à existência de uma causa e quanto aos limites da excludente de ilicitude (NUCCI, 2021, p. 496). Sobre a existência e sobre os limites da excludente, é evidente que se trata de um erro de proibição, que nada mais é do que uma compreensão equivocada sobre uma regra legal, fazendo com que o agente considere uma ação errada (proibida) como correta (CAPEZ, 2021, p. 169).

Segundo Francisco de Assis Toledo

[...] o agente supõe permitida uma conduta proibida; lícita, uma conduta ilícita. O seu erro consiste em um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade. Mas não se trata de um juízo técnico-jurídico, que não se poderia exigir do leigo, e, sim, de um juízo profano, um juízo que

é emitido de acordo com a opinião dominante no meio social e comunitário (apud Capez, 2021, p. 169).

Portanto, pensar que existe uma causa excludente de ilicitude ou imaginar que a extensão de seus limites está a seu favor, age o agente em erro de proibição. Assim sendo, se o erro for inevitável há isenção de pena, se evitável se trata de causa de diminuição de pena, conforme inteligência do artigo 21⁴², do Código Penal.

Diferentemente, porém, quando se analisa sobre os pressupostos fáticos da excludente de ilicitude. Neste caso, o código deu o tratamento como se fosse erro de tipo.

Dessa forma, se o erro for justificado pelas circunstâncias o agente está isento de pena. Se não houver tal justificativa, há punição por crime culposos, conforme disciplina o §1^{o43}, do artigo 20 do Código Penal⁴⁴.

Entretanto, essa situação não deveria ser encarada como erro de tipo, mas sim como erro de proibição (teoria da culpabilidade extremada). Afinal, como já abordado, o erro de tipo pressupõe “[...] conhecimento dos elementos descritivos e normativos do tipo, se não houver conhecimento, mas falso conhecimento, ou seja, erro, não existe dolo” (JR., 2020, p. 170).

Quem age em legítima defesa putativa, age consciente. O engano recai apenas sobre a proibição, isto é, não havia autorização para agir em legítima defesa, mas havia consciência sobre a conduta (NUCCI, 2021, p. 496).

De qualquer forma, jamais deveria ser transferido ao terceiro inocente atingido, porque de nada estava participando, assim como na legítima defesa real. Permitir essa possibilidade, além de criar uma ruptura com realidade, causa enorme insegurança jurídica e até mesmo um sentimento de impunidade e desamparo, além de não conferir real proteção àqueles que sofrerem um injusto, ainda que de maneira culposa.

⁴² Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

⁴³ Art. 20, §1^o - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos

⁴⁴ É válido destacar que mais uma vez o Código Penal adotou soluções diferentes para situações análogas, gerando outra problemática.

5. FINALIDADES DA PENA

Para finalizar o presente estudo, é importante apontar qual é a finalidade da pena no ordenamento penal brasileiro.

Não se deve buscar uma punição desenfreada, tampouco uma impunidade total, mas é necessário haver busca pela justiça, que pode ser alcançada, pelo menos no início, com uma adequação concreta entre a conduta praticada e o ilícito imputado. Ou seja, uma aplicação penal condizente com o fato.

A pena, sob primeira visão, é uma punição expressa em lei para aquele que cometeu uma infração penal. É gravosa por si só e, indubitavelmente, causadora de sofrimento e angústia, ainda que respeitados o devido processo legal e os princípios balizadores (NUCCI, 2021, p. 234).

Inicialmente, tem-se que a pena tem um caráter retributivo, expiatório, absoluto de compensação entre o mal praticado e o mal aplicado (sanção), tendo um fim em si mesma, ou seja, um mero castigo (ROSSETTO, 2014, p. 45).

Miguel Reale Junior, lembrando Immanuel Kant, anota que

[...] a pena justifica-se a si mesma, como um imperativo categórico, sendo moralmente correto castigar a quem praticou um delito, provocando uma ofensa que deve ser respondida, obrigatoriamente, por via da imposição da pena, que para ser justa tem sua medida na *lex talionis*, a única que pode indicar a quantidade e qualidade do castigo (2020, p. 32).

É a reprovação do crime.

Por outro lado, existe a finalidade preventiva da pena, também conhecida como teoria utilitarista da pena.

Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social (PRADO, 2012, p. 629).

Dessa forma, não existe apenas mais uma retribuição penal pura e simples ao condenado. A pena passa a ser considerada como uma medida também de prevenção.

Embora o anseio da sociedade, muitas vezes inflamado pela mídia, seja de apenas enclausurar o agente condenado por um crime, a pena carrega cargas além dessa expectativa.

À frente de seu tempo, Cesare Beccaria já ensinava sobre a finalidade da pena.

[...] a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado. [...] Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime. [...] é prevenir o delito (2014, p. 45-46).

E no aspecto preventivo, sofre subdivisões.

A finalidade preventiva é dividida em prevenção geral e especial. Segundo Fontes e Hoffman, o alvo da prevenção geral é a sociedade, transmitindo a mensagem de que não se deve cometer crimes, ao passo que a prevenção especial visa o próprio condenado, tentando fazê-lo não mais delinquir (2019, p. 235-236).

Todavia, cada modalidade de prevenção também é subdividida em aspectos positivos e negativos.

A prevenção geral positiva, conforme os ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni, é a tentativa de reafirmar a validade, vigência e eficácia das normas, buscando reforçar, perante a sociedade, os laços de confiança ao ordenamento jurídico (2007, p. 42).

Miguel Reale Junior brilhantemente complementa

[...] reafirma-se positivamente o Direito, trazendo um reforço às convicções jurídicas fundamentais, pois se há uma expectativa de que as instituições elementares funcionem, a prática do delito constitui uma decepção desta expectativa, e a pena tem uma função: “exercitar a confiança na norma”, dar, em face do delito, maior confiança a quem nela confia (2021, p. 39).

A prevenção geral negativa, por seu turno, tem natureza intimidatória e não integradora. Isso porque, “[...] a pena cominada em abstrato, também, tem a meta de servir de ilustração à sociedade acerca da consequência aplicável a quem comete crime” (NUCCI, 2020, p. 249). Além da cominação penal, a efetiva aplicação das penas é um dos fatores que podem causar temor à sociedade e, conseqüentemente, respeito às leis, reduzindo a criminalidade (BITENCOURT, 2012, p. 298).

Já a prevenção especial positiva carrega a ideia de reinserção do condenado à sociedade e, principalmente, sua ressocialização.

Para MARC ANCEL, caracterizam a Nova Defesa Social uma nova atitude perante o delinquente e uma concepção humanista da política criminal, pois a pena deve ser instrumento de ressocialização por meio do estudo da personalidade do condenado, e, assim, a sociedade é defendida por proporcionar a adaptação do condenado, que poderá no futuro afirmar-se como pessoa e membro desta sociedade (JR., 2021, p. 36).

Essa função é de extrema importância porque, como bem adverte Eugenio Raúl Zaffaroni, já está demonstrado que os efeitos prisionais, sobretudo a criminalização secundária (a concreta ação punitiva do Estado em face das pessoas), prejudica o indivíduo sobremaneira (2007, p. 46). Além disso, há toda carga estigmatizante deixada pelo sistema prisional, muito marcante em nossa realidade, conhecida como etiquetamento social (*labeling approach*). Ou seja, “o *status* criminal é atribuído a alguém, como um rótulo, deixando de lado as suas qualidades, que passam a um segundo plano.” (NUCCI, 2021, p. 130).

Por fim, a função preventiva especial negativa busca evitar a reincidência delitiva. No início, a ideia era de neutralização do condenado, por bem de todo o corpo social.

Para la prevención especial negativa la pena también opera incorregibles sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social⁴⁵ (ZAFFARONI, 2007, p. 48).

Porém, o desenvolvimento doutrinário reconheceu a necessidade de apenas evitar a reincidência, ainda que por meios intimidatórios, como aplicação de agravante ou causa de aumento derivados da reincidência (FONTES e HOFFMAN, 2019, p. 263-237).

O Brasil adota a teoria mista da pena, perceptível no artigo 59 do Código Penal, ao prever que a pena será aplicada de modo a ser necessário e suficiente a reprovação e prevenção do crime.

⁴⁵ Para prevenção especial negativa, a pena também opera incorregível sobre a pessoa criminalizada, mas não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa do prejuízo da pessoa, mas que é bom para o corpo social. Traduzido livremente.

Portanto, prestigia-se a finalidade retributiva e preventiva da pena. Porém, como bem admoesta Luiz Régis Prado, “[...] o termo técnico apropriado, mais consentâneo para exprimi-la, vem a ser *neorretribuição* ou *neorretribucionismo*, e não propriamente retribuição, já que tem fundamento próprio, diverso da noção clássica, e relativizado” (2012, p. 636).

Noção parecida com a teoria da pena-defesa, adotada por Franz von Liszt: “a pena é prevenção realizada através da repressão; ou, como igualmente nos é consentido dizer, repressão realizada através da prevenção” (2007, p. 53).

Dessa forma, uma aplicação penal oriunda de uma condição jurídica deveras injusta, como é o caso das situações envolvendo a vítima virtual, acaba por prejudicar ainda mais a situação do condenado ou dos órgãos de justiça. Além disso, é possível que não haja uma retribuição necessária e suficiente para a reprovação, podendo ser mais gravosa que o necessário ou mais branda do que precisaria, conforme observações alhures.

Em havendo condenação mais grave, o Estado participa ativamente na rotulação do indivíduo, já que é uma tendência massiva em nossa sociedade, dando causa direta por algo que não deveria ter procedido de tal forma. Com isso, afeta-se de maneira negativa o combate à criminalidade, uma vez que pessoas criminalmente etiquetadas sofrem mazelas piores, comparando-se com àquelas que nunca foram condenadas, aumentando a possibilidade de viverem à margem da sociedade.

Considerando as ideias apresentadas pelas teorias do etiquetamento e da criminologia crítica, pode-se afirmar que a prisão se caracteriza por desculturação do sujeito em face da sociedade, com perda do senso de responsabilidade e distanciamento dos valores sociais, e também, por outro lado, uma aproximação dos valores próprios da subcultura carcerária: ou assumindo o papel de bom preso para obter benefícios, ou vestindo de vez a personalidade de criminoso, compondo a organização da comunidade carcerária, cultuando a violência (FONTES e HOFFMANN, 2019, p. 244).

Por outro lado, se não houver a mínima responsabilização por algo que a reclame, é evidente a quebra da confiança no ordenamento, além de pairar o sentimento de impunidade. Assim sendo, há violação à finalidade preventiva geral positiva da pena e afastamento da credibilidade que a sociedade pode depositar junto aos órgãos e mecanismos jurisdicionais.

6. CONCLUSÃO

A Teoria da Equivalência provoca todas as insatisfações mencionadas no decorrer do trabalho, seja por violar princípios penais, processuais e constitucionais, seja por desviar a finalidade da pena, porque, como paulatinamente estudado, prestigia uma ficção jurídica em detrimento da realidade, podendo ocasionar diversas situações juridicamente e socialmente aberrantes.

Não se busca uma criminalização exacerbada, tampouco impunidade demasiada, mas roga-se que o legislador esteja atento à dinamicidade da sociedade e das teorias que a melhor represente. Até porque não é de se alegrar em ter um código penalista dos anos 1940, editado sob uma realidade totalmente diferente da que temos hoje; tampouco se comemora que a última revisão da parte geral tenha ocorrido lá em 1984, antes da promulgação da atual Constituição Federal (1988).

As críticas destinadas ao sistema penalista como um todo também são válidas. Além do atraso de acompanhamento à evolução social e tendências jurídicas penais, não é adequado que exista o chamado Direito Penal de Emergência, evidenciando a falta de preparo dos legisladores; não à toa se tem uma regra desviante da realidade.

Por outro lado, a anomia de políticas criminais bem desenvolvidas leva aos problemas enfrentados atualmente, bem como da questão levantada na pesquisa.

Como solução da problemática levantada no decorrer do estudo, identifica-se a necessidade de extinção da vítima virtual no código repressor, por meio de derrogação de parte do dispositivo. Dessa forma, eliminaria a Teoria da Equivalência, que já está ultrapassada mundo afora, para dar lugar à Teoria da Concretização.

Portanto, o erro sobre a pessoa seria apenas uma orientação, não uma regra. Bem como o erro na execução. Isso porque a vítima atingida não avocaria as características, qualidades e condições da vítima planejada, até mesmo porque são pessoas distintas, em situações diferentes. Em suma, há dolo contra um, não contra o outro, embora deva ser analisado concretamente, não abstratamente como pressupõe a Teoria da Equivalência.

Não há impactos negativos. Dessa forma, o agente que age sob *error in persona* continuará a responder por crime doloso, porque o dolo foi direcionado contra

a vítima cogitada, mas sem acréscimos legais sobre algo que não cometeu, portanto se desprezaria qualificadoras, agravantes e causas de aumento de pena aplicáveis ao caso de consumação do crime em relação a pessoa visada. Já sobre a *aberratio ictus*, que a regra é atingir terceiro inocente, exclui-se o dolo direto, permitindo a responsabilização por culpa, se houver, ou dolo eventual a depender das circunstâncias.

Por outro lado, nas excludentes de ilicitude, cria-se a permissão de responder pela ação defensiva ocorrida em erro sobre a pessoa ou execução, ainda que na modalidade culposa, seja numa situação real ou putativa, uma vez que o terceiro inocente não dá causa à situação e, portanto, carece de tutela.

Dessa forma, “o Direito Penal, portanto, deixaria de cumprir sua função de proteção de bens jurídicos” (PRADO, 2012, p. 635).

Embora a atuação do Poder Judiciário possa ser mais rápida em relação ao Congresso Nacional, no tocante à alteração da norma, como ocorre com bastante frequência atualmente, vide o ativismo judicial, o caminho normal e estimado a ser seguido, caso desejem a alteração, é pela via legislativa. Não é interessante que um problema seja solucionado por outro, tendo em vista a ingerência de Poderes sobre outro. Embora seja evidente a desproporcionalidade da regra e o desvio de finalidade da pena.

Por esses e outros motivos, a Teoria da Concretização surge como opção mais adequada à realidade social e jurídica, pois promove que haja a responsabilização criminal de acordo com a situação fática, considerando a conduta e o dolo do agente.

Não se deve haver prevalência de ficção jurídica em detrimento da realidade fática, se aquela não estiver condizente com a realidade do ordenamento e a tendência jurídica reconhecida. Por isso, a adoção de ficções deve estar bem sedimentada e fundamentada nos princípios propostos pela evolução penal, bem como as regras devem ser sólidas e amparadas no sentimento de justiça efetiva, não causar o oposto.

Afinal, o Direito deve regulamentar e facilitar a vida, em todas as áreas, não criar mais obstáculos no cotidiano fático e forense.

Sobre a controvérsia debatida ao longo do trabalho, a adoção da Teoria da Concretização deve ser urgente, mas não feita às pressas, do contrário se estaria

valendo da emergência do direito penal, o que deve ser combatido. A necessária utilização dos ensinamentos dessa teoria deve ser realizada de maneira sistematizada, justamente para se evitar que um problema seja resolvido por outro.

Ademais, deve-se estar norteado pelos princípios que hoje regem o sistema geral e penalista brasileiro, afinal são mandamentos de otimização do direito, podendo ser adequados às situações diversas que a vida apresenta, não enrijecendo uma norma, principalmente se esta for extremamente prejudicial ao acusado, ao ordenamento e ao ofendido, como é o caso da vítima virtual incidente nas hipóteses de erro sobre a pessoa e erro na execução.

“O legislador deve ser um hábil arquiteto, que saiba igualmente utilizar todas as forças que podem colaborar para consolidar o edifício e enfraquecer todas as que possam arruiná-lo” (BECCARIA, 2014, p. 64).

Dessa forma, seria possível iniciar um direcionamento a uma política criminal nacional regularmente implantada. Procedendo com cautela nas disposições, mas com rapidez para acompanhar a velocidade de desenvolvimento da sociedade, evitar-se-ia, inclusive, a ingerência demasiada de um Poder Estatal sobre outro.

Portanto, a assunção da Teoria da Concretização é extremamente necessária, além de ter se demonstrado eficaz. Afinal, não há como aplicar equivalência em situações não equivalentes.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. Tradução de Torrieri Guimarães – São Paulo: Martin Claret, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal**. 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Distrito Federal, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Distrito Federal, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019. **Regulamento de Produtos Controlados**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10030.htm. Acesso em 16 mai. 2022.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 10/10/2021.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Lei de reforma da parte geral do Código Penal**. Brasília, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em: 10/10/2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 13 mai. 2022.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Pacote Anticrime**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 16 mai. 2022.

- CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do código penal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 6, n. 24, p. 38-456, out./dez. 1969.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal V 1 – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594683/>. Acesso em 11 abr. 2021.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal – parte geral (arts. 1º ao 120)**. 3. ed. – Salvador: Juspodivm, 2015.
- ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Esquematizado – Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2022.
- FONTES, E.; HOFFMANN, H. **Criminologia**. Coleção Carreiras Policiais. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. - Coimbra: Almedina, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – volume 1: parte geral**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555592849/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa2-0.xhtml\]!/4/2/2%4028:1](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555592849/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa2-0.xhtml]!/4/2/2%4028:1). Acesso em 13 mai. 2022.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal 1 – parte geral**. Atualização André Estefam. vol. 1 – 37 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- JR., Miguel Reale. **Fundamentos de Direito Penal**. 5. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 11 abr. 2022.
- LENZA, Pedro. **Esquematizado – Direito Constitucional**. 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594928/>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2020.
- LISZT, Franz von. **A teoria finalista no direito penal**. 3. ed. Tradução de Rolando Maria da Luz. – Campinas: LZN Editora, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Volume 1: Parte Geral**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555593433/epubcfi/6/14\[%3Bvnd.vst.idref%3Dapresentacao.xhtml\]!/4/6/1:442\[%C3%A7%C3%A3o%2C%20de\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555593433/epubcfi/6/14[%3Bvnd.vst.idref%3Dapresentacao.xhtml]!/4/6/1:442[%C3%A7%C3%A3o%2C%20de]). Acesso em 13 mai. 2022.

MARCÃO, Renato F. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594485/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. – São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal, volume 1: introdução e parte geral**. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha – São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Criminologia**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641437/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – Vol. 1**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993658/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

_____. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

PANOMARIOVAS, Artūras. The legal fiction in criminal proceedings – is it historical anachronism or objectively conditional necessity?. **Jurisprudencija**, Vilnius, Lituânia, 18(2). p. 725-738, jun. 2011. ISSN 1392–6195.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **A propósito da “aberratio ictus”**. 2005. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-da-%E2%80%99Caberratio-ictus%E2%80%9D1/>. Acesso em 19 de jan. de 2022

ROSSATTI, Enio L. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general – tomo I – fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal - Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Fundamentos políticos-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 20º seminário internacional de ciências criminais, v. 112, p. 33-40, jun. 2015.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal – parte general**. Tradução de Carlos Fontán Balestra - Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Manual de derecho penal – parte general**. 2. ed. – Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAMBONI, Alexandre. **Mulher arremessa pedra em companheiro durante briga, mas acerta motociclista que bate em poste e morre no Recife**. Recife. 22 out. 2021. Instagram. @profalexandrezamboni. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CVVlaOPlkqt/>. Acesso em 10 jan. 2022.