



VÍTIMA VIRTUAL À LUZ DA TEORIA DA CONCRETIZAÇÃO

Rafael Babata CSUK DE SOUZA¹

Bárbara Luana ARAÚJO DA SILVA²

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar, de forma reduzida, os fenômenos do erro sobre a pessoa e erro na execução, sob a incidência do instituto da vítima virtual. Também se busca analisar os fenômenos sob a ótica da teoria da equivalência, que é a adotada pelo ordenamento penal, mas comparando com a tese concorrente, isto é, a teoria da concretização, uma vez que, considerando os princípios e lógica do direito, deveria ser a corrente admitida. Portanto, inicia-se com a explicação do conceito e atual regramento. E, com base em um caso concreto e com pesquisas na doutrina, sobretudo internacional, busca-se demonstrar que a teoria adotada pelo Direito Penal é ultrapassada, devendo a teoria não aceita ser eleita e considerada pela legislação repressora nacional, porque é a que se aproxima do conceito de justiça e, conseqüente, responsabilidade pelo fato concreto.

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

1. INTRODUÇÃO

A figura da vítima virtual está relacionada aos fenômenos do *error in persona* (erro sobre a pessoa) e *aberratio ictus* (erro na execução) e possui uma importante característica. 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;

¹ Discente do oitavo termo, 4º ano, do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: rafaelsouza@toledoprudente.edu.br

² Discente do quinto termo, 3º ano, do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: barbarasilva@toledoprudente.edu.br



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).

O erro sobre a pessoa, também conhecido por *error in persona*, está previsto no parágrafo 3^o, do artigo 20, do Código Penal, e acontece quando há um desvio de representação entre pessoas. O agente, segundo Damásio de Jesus (2020, p. 350-351), “[...] pretende atingir certa pessoa, vindo a ofender outra inocente pensando tratar-se da primeira”.

Já a *Aberratio Ictus*, fundamentada no artigo 73^o, do Código Penal, de acordo com os ensinamentos do professor Damásio de Jesus (2020, p. 351), é uma “aberração no ataque ou desvio do golpe”.

O agente, por inabilidade ou erro de manejo dos meios de execução, atinge pessoa diversa da pretendida. Há um “equivoco na execução do fato” (ESTEFAM, 2018, p. 252). Novamente, um inocente é atingido, embora a pessoa inicialmente cogitada também possa ser.

Ambas as situações são classificadas como erro de tipo acidental, pois o equivoco incide sobre as circunstâncias acessórias do fato e em outros dados irrelevantes do tipo penal. Portanto, 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).

³ § 3^o - O erro quanto 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.

⁴ Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3^o do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.



2. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA VERSUS TEORIA DA CONCRETIZAÇÃO

O problema em ambas as situações surge quando o legislador opta por criar regra da vítima virtual. Afinal, como explicado, a vítima realmente atingida assume as qualidades e demais atributos da vítima pretendida (virtual).

Flagrantemente, ao tratar sobre *error in persona* e *aberratio ictus*, o Código Penal Brasileiro adotou a teoria da equivalência e o 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). 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 consumado⁵.

Ou seja, não importa qual o resultado geral, isso porque se o desejo do agente era matar uma pessoa e ele matou, ainda que não tenha sido a vítima visada, o agente matou 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”.

Em se tratando do *error in persona*, a teoria da equivalência até se justifica, pois há apenas uma confusão de representação entre as vítimas. Na *aberratio ictus*, tal teoria não deveria prosperar. E, em ambos os casos, ao incidir a regra da vítima virtual, a teoria adequada é a da concretização.

⁵ A teoria da equivalência parte do fato de que o dolo só tem que cobrir o resultado típico nos elementos determinantes de sua espécie: A quis matar uma pessoa (B) e também matou realmente uma pessoa (C). O desvio do curso causal não influencia na intenção, devido à equivalência típica dos objetos, para que se veja um homicídio consumado. Traduzido livremente.



Há inúmeras situações reais, mas o caso Ágatha, ocorrido no final de 2019, ilustra bem: um policial militar atira contra o garupa de uma moto por portar objeto semelhante a arma de fogo, o projétil ricocheteia e atinge a criança que estava há alguns quarteirões de distância.

Como a ação inicial não se justifica, porque não havia ameaça atual ou iminente (para legítima defesa), o Ministério Público do Rio de Janeiro, considerando a *aberratio ictus*, denunciou o miliciano por homicídio doloso qualificado⁶. Seria a mesma denúncia caso o agente tivesse atingido o passageiro da motocicleta.

A ação penal é justificável pela teoria da equivalência, mas não é pela segunda teoria. Então, o agente será responsabilizado por crime doloso consumado que não é doloso e “não se consumou” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 424). A teoria da concretização, por sua vez, determina que haja responsabilização pelo que de concreto ocorreu. No caso, portanto, e sem maior aprofundamento, a responsabilização em relação à menina deveria ser por homicídio culposos.

Tal teoria guarda grande proximidade com a teoria finalista da ação, já que, em tese, todas as ações possuem uma finalidade. A conduta (ação) “é o comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim” (CUNHA, 2015, p. 179). No caso apresentado, não havia intenção de atingir a criança, pois sequer estava presente no sítio imediato do evento.

3. CONCLUSÃO

O Direito deve evoluir conforme as necessidades da sociedade, sempre norteado por princípios que o rege. O Código Penal, de 1940, apresenta problemas de atualidade e o instituto da vítima virtual é um. Se na época, a política criminal adotada, fez criar essa regra, hoje, a mesma política criminal deve sugerir por sua exclusão do ordenamento.

⁶ A notícia pode ser acessada pelo link: < <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/12/03/mprj-denuncia-por-homicidio-qualificado-policial-militar-acusado-de-matar-menina-agatha-felix-no-alemao.ghtml>>. Acesso em 30/08/2021



Portanto, com base nas melhores doutrinas, afirma-se que o legislador deve atualizar o código penal para inserir a teoria atualmente dominante (teoria da concretização), ignorando o regramento produzido pela teoria da equivalência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal. Parte Geral.** vol. único. 3 ed. rev., ampl. e atu. – Salvador: Juspodivm, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral (Arts. 1º a 120).** 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GREGO, 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.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal.** vol 1 – 38 ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha – São Paulo: Saraiva, 2004.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º a 120 do Código Penal.** vol.1 – 4 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito.** Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2 ed. – Madrid: Civitas, 1997.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1 – Parte Geral.** vol. 1. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, E. R; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Manual de Derecho Penal.** vol 1 – 2 ed. – Buenos Aires: Ediar, 2007.